

**Die erwerbswirtschaftliche Beteiligung
der Rundfunkanstalten
am audiovisuellen Markt**

Eine Untersuchung der öffentlich-rechtlichen Probleme

Christoph Freiherr von Hutten

1976



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553812_0002

Die erwerbswirtschaftliche Beteiligung der Rund-
funkanstalten am audiovisuellen Markt

Eine Untersuchung der öffentlich-rechtlichen
Probleme

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Christoph Freiherr von Hutten
1976



Referent: Professor Dr. Lerche

Korreferent: Professor Dr. Gallwas

Tag der mündlichen Prüfung:

23. Juli 1976

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	19
Einleitung	22

ERSTER TEIL

DIE BETEILIGUNG AM AV-MARKT GEMESSEN AM AUFGABENBEREICH UND DER GEMEIN- NÜTZIGKEIT DER RUNDFUNKANSTALTEN	29
--	----

I. KAPITEL

Die rechtliche Situation der Deutschen Rund- funkanstalten	29
1. Das Selbstverwaltungsrecht der Rundfunkanstalten	30
2. Besonderheiten gegenüber anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten	32

II. KAPITEL

Der Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten und die AV-Verwertung	36
1. Der Begriff AV-Verwertung	36
2. Der Begriff des Aufgabenbereiches	39
3. Der Inhalt des Aufgabenbereiches	44
4. AV-Verwertung und Aufgabenbereich	47
a) AV-Verwertung als abhängig fiskalische Tätigkeit?	48
b) AV-Verwertung als öffentliche Daseinsvorsorge?	51

III. KAPITEL

Auseinandersetzung mit dem behaupteten Verbot selbständiger erwerbswirtschaftlicher Betätigung durch den Staat	55
--	----

1. Staatliche erwerbswirtschaftliche
Tätigkeit verneinende Ansichten 55
2. Argumente für die Zulässigkeit von
staatlicher erwerbswirtschaftlicher
Tätigkeit 58

IV. KAPITEL

Die Gemeinnützigkeit der Rundfunkanstalten	66
--	----

ZWEITER TEIL

DER FUNKTIONSBEREICH DER RUNDfunk- ANSTALTEN UND DIE AV-VERWERTUNG	70
---	----

I. KAPITEL

Grundsätzliche Unterscheidung des Funktions- bereichs vom Aufgabenbereich der Rundfunkan- stalten	71
---	----

II. KAPITEL

Voraussetzungen für die Schaffung des Funktions- bereiches	76
1. Die materielle Rundfunkfreiheit	79
2. Die formelle Rundfunkfreiheit	85
3. Der Rundfunk	88

	Seite
III. KAPITEL	
Rechtliche Grundlage des Funktionsbereiches	91
1. Die Rundfunkfreiheit als rechtliche Grundlage	91
2. Aufgabenbereich und Funktionsbereich	93
IV. KAPITEL	
Die Grenzen des Funktionsbereiches	95
1. Begrenzung durch den Rundfunkbegriff	96
2. Begrenzung durch die Rundfunkfreiheit	102
a) Positive Funktion der materiellen und formellen Rundfunkfreiheit	102
b) Negative Begrenzung durch die materielle Rundfunkfreiheit	103
aa) Gefährdung der Programmgestaltungsfreiheit	105
bb) Gefährdung der Leitgrundsätze	109
cc) Nützliche Folgen der Nachfrage nach AV-Ware	115
3. Begrenzung durch die formelle Rundfunkfreiheit	117
4. Begrenzung durch den Aufgabenbereich	119
V. KAPITEL	
Die positive Bestimmung des Funktionsbereiches	122
1. Keine Funktionsausweitung durch Selbstverwaltungsrecht und Autonomie	123

	Seite
2. Bestimmung durch Aufgabenbereich und Rundfunkfreiheit	124
a) Funktionsbereichbestimmung mittels "Sachzusammenhang"	125
b) Funktionsbereichbestimmung durch die Lehre von den Annexkompetenzen	128
3. AV-Verwertung als "Randnutzung" des Anstaltsvermögens	134
a) Der Begriff der Randnutzung	135
b) Inhalt der Randnutzung	137
aa) Randnutzung als Bestandteil des Funktionsbereiches	137
bb) Bestimmungsmerkmale der Randnutzung	138
cc) Die AV-Verwertung als zulässige Randnutzung	145

VI. KAPITEL

Die Unzulässigkeit einer Produktion ausschließlich für den AV-Markt	148
1. AV-Produktion als mögliche Randnutzung?	148
2. Unzulässigkeit der AV-Produktion wegen Überschreiten der Funktionsgrenzen	150

	Seite
VII. KAPITEL	
Mögliche Organisationsformen einer Beteiligung am AV-Markt	155
1. AV-Verwertung durch abhängige Gesellschaften	155
2. AV-Verwertung durch Beteiligung an nicht abhängigen Gesellschaften	157
3. Koproduktion mit privaten Unternehmen	158
a) Koproduktion aufgrund von Einzelverträgen mit Gewinnbeteiligung	159
b) Koproduktion durch Beteiligung an Unternehmen mit Gewinnanteil	162

LITERATURVERZEICHNIS

- ACHTERBERG, Norbert : Die Annexkompetenz, DÖV 1966,
S. 695 ff.
- BACHOF, Otto : Verbot des Werbefernsehens
durch Bundesgesetz, in: Beiträge
zum Rundfunkrecht, H. 9,
Frankfurt/Berlin 1966
- BADURA, Peter : Das Verwaltungsmonopol,
Berlin 1963
- BAUMGARTEN, Hans : Die rechtliche Stellung der bei
den öffentlichen Rundfunk- und
Fernsehanstalten Beschäftigten,
Diss., Würzburg 1967
- BECKER, Erich : in: Verwaltung, Eine einführende
Darstellung, Hrsg. Fritz Morstein-
Marx, Berlin 1965,
zit.: Morstein-Marx
- BERICHT der Kassettenkommission des ZDF,
Fernsehen und Kassette, Schriften-
reihe des ZDF, H. 10, Mainz 1973;
zit.: ZDF-Kassettenkommission.
- BERICHT der Kommission zur Untersuchung
der Wettbewerbsgleichheit von Presse,
Funk/Fernsehen und Film.
Drucksache V/2120 des Deutschen
Bundestages, 5. Wahlperiode,
Bonn 1967; zit.: Michelbericht I
- BERICHT der Kommission zur Untersuchung
der rundfunkpolitischen Entwicklung
im südwestdeutschen Raum (Baden-
Württemberg, Rheinland-Pfalz und
Saarland).
Kornwestheim 1970; zit.: Michel-
bericht II

- BLÜCHER, Viggo : Woher nimmt der Bürger seine
Graf von Information?, in: Zukunftsperspektiven des Fernsehens, Schriftenreihe für die Mitarbeiter des ZDF, H. 2, Mainz 1973; zit.: Zukunftsperspektiven des Fernsehens.
- BOLSENKÖTTER, Heinz : Zum Begriff der Wirtschaftlichkeit,
in: Aktuelle Fragen der Wirtschaftlichkeit aus Kommunalwirtschaft und -verwaltung, Stuttgart/Köln 1964
- BULLINGER, Martin : Vertrag und Verwaltungsakt, in:
res publica, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 9, Stuttgart 1962
- BULLINGER, Martin : Ungeschriebene Kompetenzen im
Bundesstaat, AÖR 1971, Bd. 96, S. 237 ff.
- DÜNNWALD, Rolf : Die Rechtsentwicklung im Bereich
der Audiovision, NJW 1974, S. 22 f.
- DÜRIG, Günter : Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Bd. 2, Wirtschaftsrechtliche Aufsätze 1946-1970, Hrsg. Ulrich Scheuner, Frankfurt 1971
- EHMKE, Horst : Wirtschaft und Verfassung,
Karlsruhe 1961
- EMMERICH, Volker : Der unlautere Wettbewerb der
öffentlichen Hand, Tübingen 1969
- EMMERICH, Volker : Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt 1970
- ENGISCH, Karl : Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1964 (3. Auflage).

- FABRICIUS, Fritz : Relativität der Rechtsfähigkeit,
München-Berlin 1963
- FORSTHOFF, Ernst : Rechtsfragen der Werbesendungen
im Fernsehen, DÖV 1957, S. 97 ff.
- FORSTHOFF, Ernst : Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Bd. 1, München 1971, (10. Aufl.)
- FRANK, Bernward und : Das neue Programmschema des
SCHWARZENAU, Dieter ZDF ab 1. Oktober 1973, in:
Zukunftsperspektiven des Fern-
sehens, Schriftenreihe für die Mit-
arbeiter des ZDF, H. 2, Mainz 1973
- FRICCIUS, Enno : Erweiterung der Informationsange-
bote durch moderne technische Mittel
und Verfahren: Rechtliche Aspekte,
in: Zukunftsperspektiven des Fern-
sehens, Schriftenreihe für die Mitar-
beiter des ZDF, H. 2, Mainz 1973;
zit.: Zukunftsperspektiven des Fern-
sehens.
- FRÖHLER, Ludwig : Werbefernsehen und Pressefreiheit,
in: Beiträge zum Rundfunkrecht,
H. 4, Frankfurt-Berlin 1965
- FUHR, Ernst W. : Randnutzung für den Rundfunk, epd
- Kirche und Fernsehen 1972,
Nr. 16, S. 1 ff.
- FUSS, Ernst-Werner : Die Überschreitung des Wirkungs-
kreises juristischer Personen des
öffentlichen Rechts, DÖV 1956,
S. 566 ff.
- GEIGER, Hubert : Grenzen des Rundfunkmonopols,
Diss., Bonn 1971
- HAMANN, Andreas : Deutsches Wirtschaftsverfassungs-
recht, Neuwied-Berlin-Darmstadt
1958
- HAMANN-LENZ : Grundgesetz, Kommentar,
Neuwied-Berlin 1970 (3. Aufl.)

- HASELOFF, Otto Walter : Über Wirkungen des Fernsehens,
in: Wirkungen des Fernsehens,
Schriftenreihe für die Mitarbeiter
des ZDF, H. 1, Mainz 1972
- HERRMANN, Günter : Kassettenfernsehen: Zur juristi-
schen Fragestellung, Funkkorres-
pondenz 1971, Nr. 2, S. 1 ff.
- HERRMANN, Günter : Die Rundfunkanstalt. Eine Studie
zum heutigen Rechtszustand, AÖR,
Bd. 90 (1965), S. 286 ff.
- HERTIN, Paul W. : Öffentlich-rechtliche Rundfunkan-
stalten und ihre Grenzen bei der
Ausgestaltung von Urheberverträ-
gen, UFITA, Bd. 66 (1973), S. 95 ff.
- HERZOG, Roman : Rechtsgrundlagen und öffentlicher
Auftrag des Fernsehens, in: Fernseh-
kritik, Bd. 2, Hersg. Dieter Stolte,
Mainz 1970
- HESSE, Konrad : Grundzüge des Verfassungsrechts
der Bundesrepublik Deutschland,
Karlsruhe 1973 (6. Aufl.)
- HILLIG, Hans-Peter : Mitschnitt von Fernsehsendungen
mittels Video-Recorder, Film und
Recht 1975, S. 10 ff.
- HOLSTEIN, Hermann : Zur Medienabhängigkeit des Schul-
unterrichts, Ratingen 1973
- IPSEN, Hans-Peter : Mitbestimmung im Rundfunk, in:
Beiträge zum Rundfunkrecht, H. 14,
Frankfurt-Berlin 1972, zit.:
Mitbestimmung

- IPSEN, Hans-Peter : Rechtsfragen zur "Ausgliederung" des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2102 ff.; zit.: Ausgliederung
- IPSEN, Hans-Peter : Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2049 ff.; zit.: Legalität des Werbefernsehens.
- ISENSEE, Josef : Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft Berlin 1968
- JANK, Klaus Peter : Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 60, Berlin 1967; zit.: Rundfunkanstalten
- JECHT, Hans : Die öffentliche Anstalt, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 10, Berlin 1963
- JÜRGENS, Erhard : Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, Verw. Arch. Bd. 53 (1962), S. 105 ff.
- JUNGK, Robert : Erweiterung des Informationsangebotes durch moderne technische Mittel und Verfahren. Soziologische Aspekte, in: Zukunftsperspektiven des Fernsehens, Schriftenreihe für die Mitarbeiter des ZDF, H. 2, Mainz 1973; zit.: Zukunftsperspektiven des Fernsehens
- KLEIN, Hans : Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, in: res publica, Beiträge zum Öffentlichen Recht, Bd. 18, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968

- KLINGER, Heinz : Die Werbe- und Verlegertätigkeit des Bayerischen Rundfunks als anstaltsfunktionale Aufgabenerfüllung, Diss., München 1970
- KLOTZ, Erhard : Beschränkter Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1964, S. 181 ff.
- KÖSEL, Edmund : Lehrerkolleg, in: Lexikon der audiovisuellen Bildungsmittel, Hrsg. Heribert Heinrichs, München 1971
- KÖTTGEN, Arnold : Das Bundesverfassungsgericht und die Organisation der öffentlichen Verwaltung, AÖR, Bd. 90 (1965), S. 227 ff.
- KÖTTGEN, Arnold : Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL, H. 6 (1929), S. 105 ff.
- KORTE, Heinz W. : Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, Verwaltungs Archiv 61 (1970), S. 3 ff.
- KRAUSE-ABLASS, Günter : Der Grundsatz der "publizistischen Gewaltenteilung" im Verhältnis von Presse und Fernsehen, Flensburg, 1968
- KRÜGER, Herbert : Allgemeine Staatslehre, Stuttgart-Berlin - Köln - Mainz 1966 (2. Aufl.)
- LANGENBUCHER, Wolfgang R. : Rundfunkkontrolle und gesellschaftliche Relevanz, in: Herrschaft und Kritik, Probleme der Rundfunkfreiheit, Medium Dokumentation, Bd. 5, Frankfurt/Main 1974

- LARENZ, Karl : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin - Göttingen- Heidelberg 1960
- LEHR, Wolfgang und
BERG, Klaus : Rundfunk und Presse in Deutschland, Rechtsgrundlagen der Massenmedien, Mainz 1971
- LEIBHOLZ, Gerhard : Rechtsgutachten zur Staatlichen Rechtsaufsicht über die Programmgestaltung, in: Schriftenreihe des ZDF, H. 11, Mainz 1973, zit.: Rechtsaufsicht
- LEISNER, Walter : Werbefernsehen und öffentliches Recht, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 56, Berlin 1967.
- LERCHE, Peter : Rechtsprobleme des Werbefernsehens, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, H. 2, Frankfurt - Berlin 1965, zit.: Werbefernsehen
- LERCHE, Peter : Rundfunkmonopol, Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, H. 11, Frankfurt - Berlin 1970
- LERCHE, Peter : Übermaß und Verfassungsrecht, Berlin 1961
- LERCHE, Peter : Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: Festgabe für Theodor Maunz, Hrsg. Hans Spanner u.a., München 1971
- LERCHE, Peter : Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, in: Berliner Abhandlungen zum Presserecht, H. 14, Berlin 1971

- LERCHE, Peter : Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt, in: Studien und Gutachten aus dem Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin, H. 3, Berlin 1963
- LERCHE, Peter : Werbung und Verfassung, München - Berlin 1967
- LERCHE, Peter : Zum Kompetenzbereich des Deutschlandfunks, in: Studien und Gutachten aus dem Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin, H. 2, Berlin 1963; zit.: Deutschlandfunk
- LÖFFLER, Martin : Der Informationsanspruch der Presse und des Rundfunks, NJW 1964, S. 2277 ff.
- LÖFFLER, Martin u. a. : Das Zusammenwirken der Massenmedien, München 1972
- MALLMANN, Walter : Schranken nichtthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL, H. 19 (1961), S. 165 ff.
- MAUNZ, Theodor : Rechtsgutachten über :Die Grenzen der Betätigung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, DVBl 1974, S. 1ff. zit.: Gutachten
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG : Grundgesetz, Kommentar, München 1974 (4. Aufl.)
- MEYN, Hermann : Gefahren für die Freiheit von Rundfunk und Fernsehen, in: Zur Theorie der politischen Kommunikation, Hrsg. Wolfgang Langenbacher, München 1974
- NIPPERDEY, Hans Carl : Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, Köln - Berlin - München - Bonn 1961

- OLZOG, Günter : AV-Markt heute, Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel - Frankfurter Ausgabe - Nr. 69, Sonderdruck vom 31.8.1973
- OPPERMANN, Thomas : Kulturverwaltungsrecht, Bildung - Wissenschaft - Kunst, Tübingen 1969
- OSSENBÜHL, Fritz : Rundfunkfreiheit und die Finanzautonomie des Deutschlandfunks, in: Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Bd. 4, München 1969; zit.: Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie
- OSSENBÜHL, Fritz : Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H. - Berlin - Zürich 1966
- PETERS, Hans : Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956
- PROGNOS INSTITUT BASEL : Audiovision in Westeuropa bis 1980, Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse, Media Perspektiven 1973, Nr. 1, S. 7 ff.; zit.: Prognos Gutachten
- PÜTTNER, Günther : Das öffentliche Unternehmen, Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, Bad Homburg v.d.H. - Berlin - Zürich 1969
- REHBINDER, Manfred : Rundfunkanstalten und Kassettensmarkt, UFITA, Bd. 65 (1972), S. 117 ff.
- RICARDI, Reinhard : Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968
- ROEBER, Georg : Rechtsfragen der audiovisuellen Kassettensysteme, Film und Recht 1972, S. 247 ff.
- ROEBER, Georg : Zur rechtlichen Problematik der audiovisuellen Systeme, Film und Recht 1973, S. 311 ff.

- RUDOLF, Walter : Anmerkung zu BVerw.GE 39, 159,
NJW 1972, S. 1292 f.
- SCHARF, Albert : Wirtschaftliche Betätigung der Rund-
funkanstalten, Film und Recht 1972,
S. 279 ff.
- SCHEELE, Hans- : Art 5 Abs 1 GG und die Unabhängig-
Eberhard keit des Rundfunks, Diss., Münster
1972
- SCHIPHORST, Bernd : Audiovision - Porträt einer Bran-
che, Macher, Märkte und Methoden,
Hamburg 1974
- SCHMIDT-TOPHOFF, : Die Straßenbahn-Ganzwagen-Reklame,
Alfons DÖV 1961, S. 493 ff.
- SCHNEIDER, Hans : Werbung im Rundfunk, in: Beiträge
zum Rundfunkrecht, H. 1, Frankfurt -
Berlin 1965
- SCHNEIDER, Klaus : Konzentrationsbestrebungen der deut-
Joachim schen Landesrundfunkanstalten in
verfassungsrechtlicher Sicht, in:
Schriften zum Öffentlichen Recht,
Bd. 115, Berlin 1970; zit.:
Konzentrationsbestrebungen
- SCHOLZ, Rupert : Private Rundfunkfreiheit und öffent-
licher Rundfunkvorbehalt - BVerwGE
39, 159 ff., JuS 1974, S. 299 ff.
- SCHREYER, Klaus : Studienprogramm, in: Lexikon der
audiovisuellen Bildungsmittel, Hrsg.
Heribert Heinrichs, München 1971
- SCHRICKER, Helmut : Wirtschaftliche Tätigkeit der öffent-
lichen Hand und unlauterer Wettbewerb,
München - Köln - Berlin 1964
- SEEGER, Julius : Die Produktion von Bildton-Kassetten
durch Rundfunkanstalten, DÖV 1972,
S. 253 ff.

- SONTHEIMER, Kurt : Zum Problem der gesellschaftlichen Kontrolle des Rundfunks und seiner Organisation, in: Herrschaft und Kritik, Probleme der Rundfunkfreiheit, Medium Dokumentation, Bd. 5, Frankfurt/Main 1974
- STARCK, Christian : Zusammensetzung der Rundfunkgremien und Rundfunkfreiheit, in: Herrschaft und Kritik, Probleme der Rundfunkfreiheit, Medium Dokumentation, Bd. 5, Frankfurt/Main 1974
- STENZEL, Hans-Christoph : Das Fernsehen ist pleite ... eine Chance?, Medium, Febr. 1975, S. 6 ff.
- STERN, Klaus : Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, in: Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Bd. 1, München 1968
- STERN, Klaus und BETHGE, Herbert : Die Rechtsstellung des Intendanten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, in: Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität Köln, Bd. 12, München 1972
- STERN, Klaus und PÜTTNER, Günther : Die Gemeindewirtschaft. Recht und Realität, zum staats- und verfassungsrechtlichen Standort der kommunalen Wirtschaft. Stuttgart - Berlin - Köln Mainz 1965
- SURÉN, Friedrich-Karl : Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd. II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln - Berlin - München - Bonn 1960
- THEILE, Richard : Erweiterung des Informationsangebotes durch moderne technische Mittel und Verfahren, Technische Aspekte, in: Zukunftsperspektiven des Fernsehens, Schriftenreihe für die Mitarbeiter des ZDF, H., 2, Main 1973; zit.: Zukunftsperspektiven des Fernsehens

- THIEME, Werner : Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, Saarbrücken 1962
- ULRICH, Walter und THOMSEN, Heiko : Zur Ausgliederung des Werbefunks aus den Rundfunkanstalten, DÖV 1962, S. 245 ff.; zit.: Ulrich/Thomsen
- WALLIS, Hugo von : Steuerbegünstigung gemeinnütziger Zwecke, Herne 1968 (2. Aufl.)
- WEBER, Werner : Rundfunkfreiheit-Rundfunkmonopol, in: Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, Hrsg. Roman Schnur, München 1972
- WILKENS, Claus : Presse und Fernsehen, in: Gesellschaft und Kommunikation, Bd. 14 Gütersloh 1972
- WOLFF, Hans J. : Verwaltungsrecht II, München 1970 (3. Aufl.)
- WOLFF, Hans J. und BACHOF, Otto : Verwaltungsrecht I, München 1974 (9. Aufl.)
- WOLFF, Hans J. und BACHOF, Otto : Verwaltungsrecht III, München 1973 (3. Aufl.)
- WUFKA, Eduard : Die verfassungsrechtlichen-dogmatischen Grundlagen der Rundfunkfreiheit, in: Beiträge zum Rundfunkrecht, H. 12, Frankfurt - Berlin 1971; zit.: Grundlagen der Rundfunkfreiheit
- ZEIDLER, Karl : Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL. H. 19 (1961), S. 208 ff.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
a. a. O.	=	am angegebenen Ort
abgedr.	=	abgedruckt
Abs.	=	Absatz
Anm.	=	Anmerkung
AO R	=	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
av	=	audiovisuell
AV	=	Audiovision
Bad	=	Baden, badisch
Bay	=	Bayern, bayerisch
BayVBl	=	Bayerische Verwaltungsblätter
Berl	=	Berlin, berlinerisch
Bd.	=	Band
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen
BR	=	Bayerischer Rundfunk
Brem	=	Bremen, bremisch
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Amtliche Sammlung der Entschei- dungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
Def.	=	Definition
Diss.	=	Dissertation
DÖV	=	Die Öffentliche Verwaltung
E	=	Entscheidung

G	=	Gesetz
GBI	=	Gesetzblatt
GO	=	Gemeindeordnung
GRuR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVB1	=	Gesetz- und Verordnungsblatt
H.	=	Heft
h.M.	=	herrschende Meinung
Hbg	=	Hamburg, hamburgisch
Hess	=	Hessen, hessisch
Hrsg.	=	Herausgeber
i. d. F.	=	in der Fassung
JuS	=	Juristische Schulung
Lit.	=	Literatur
m. w. Nw.	=	mit weiteren Nachweisen
NDR	=	Norddeutscher Rundfunk
Nds	=	Niedersachsen, niedersächsisch
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	=	Nordrhein-Westfalen, nordrhein- westfälisch
ö. r.	=	öffentlich-rechtlich
RB	=	Radio Bremen
Rdn.	=	Randnummer
Regbl	=	Regierungsblatt
RGBI	=	Reichsgesetzblatt
RhIPf	=	Rheinland-Pfalz, Rheinland- pfälzisch
S	=	Satzung
S.	=	Seite
s. o.	=	siehe oben

Saarl	=	Saarland, saarländisch
Schl	=	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
SDR	=	Süddeutscher Rundfunk
SFB	=	Sender Freies Berlin
SR	=	Saarländischer Rundfunk
StV	=	Staatsvertrag
SWF	=	Südwestfunk
SZ	=	Süddeutsche Zeitung
UFITA	=	Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht
Verf	=	Verfasser
VerwArch	=	Verwaltungsarchiv
vgl.	=	vergleiche
Vo	=	Verordnung
VVDStRL	=	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler
WDR	=	Westdeutscher Rundfunk
Württ	=	Württemberg, württembergisch
ZDF	=	Zweites Deutsches Fernsehen
zit.	=	zitiert

Einleitung

1. Der Begriff Audiovision

Audiovision, kurz AV, dient als Bezeichnung für Ton-Bildkonserven mit beliebig häufiger Zugriffsmöglichkeit. Dieses neue Medium wurde in den ersten Jahren nach Erfindung der Bildplatte 1966¹⁾ mit überschwenglichen Erwartungen und Vorschußlorbeeren überhäuft.²⁾ Die Euphorie ist aber merklich abgeklungen.³⁾ Unerwartete technische Probleme und dadurch zunächst nicht marktgerechte Preise haben eine massenhafte Verbreitung von AV-Ware bis jetzt verzögert.⁴⁾

Anfangs nannte man das AV-Medium "Kassettenfernsehen". An dieser Bezeichnung stimmt herzlich wenig. Einmal werden die AV-Programme in Zukunft hauptsächlich auf Bild-Platten gespeichert, zum anderen hat der technische Wiedergabevorgang mit dem Begriff Fernsehen im tradierten Sinne nichts zu tun.⁵⁾

1) Schiphorst, Audiovision - Porträt einer Branche, S. 3.

2) Vgl. dazu Spiegel v. 19.7.1971, TV à la carte: Eine Industrie rüstet auf. S. 94 ff.

3) Seeger, Die Produktion von Bildton-Kassetten durch die Rundfunkanstalten, DÖV 1972, S. 253; Theile, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 28.

4) Vgl. Spiegel v. 24.2.1975, In der Dürre gestartet, S. 131 ff.

5) Friccus, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 45; Schiphorst, a.a.o., S. 7.

Wie bei der Benutzung des Lautsprechers eines Radioapparates beim Schallplattenhören, wird hier nur der Bildschirm des Fernsehgerätes gebraucht.¹⁾

2. Wirtschaftliche Bedeutung

Obwohl es bisher im Bereich der Audiovision mehr Rückschläge als Erfolge gab, rechnet man doch mit einem "Millionengeschäft".²⁾ Skeptiker warnen zwar vor übertriebenen Hoffnungen und verweisen auf die größere Zukunft des Kabelfernsehens.³⁾ Auf eine totale Verkabelung der Bundesrepublik, die mindestens 20 Milliarden DM kostet, wird man aber sicher lange warten müssen. Darüber hinaus ist anzunehmen, daß Audiovision und Kabelfernsehen einander ergänzen. Bereits bestehende Kabelstationen in den USA verwenden zur Programmausstrahlung hauptsächlich AV-Kassetten. Dadurch wird also der Nachteil der Audiovision, seine Ware nur durch Post oder Boten zu vertreiben, überwunden.⁴⁾

1) Zum technischen Sachverhalt umfassend: TV-Courier/ Dokumentation v. 16.6.1975, Audiovisuelle Techniken, S. 4 ff.; Schiphorst, a.a.O., S. 8 ff.; Dieter Ratzke, Vier Wochen mit der Bildplatte, FAZ v. 24.4.1975, S. 18.

2) Karl H. Kaesbach, Aspekte des audiovisuellen Zeitalters, Bayerische Staatszeitung v. 25.1.1974, S.8.

3) Schiphorst, a.a.O., S.31

4) Zum Ganzen vgl. Schiphorst, a.a.O., S. 31 f.

Sicherlich wird das AV-Medium seinen Weg gehen. Seine jetzige Situation läßt sich mit der Durststrecke vergleichen, die auch das Fernsehen auf dem Weg zu seiner heutigen, überragenden Position durchmachen mußte.¹⁾

Im Jahr 1980 soll es in Deutschland zwei Millionen Bild-Plattenspieler geben.²⁾ Bis dahin sollen die privaten Haushalte der Bundesrepublik allein für Bildplatten und AV-Kassetten 1,8 Milliarden DM ausgegeben haben.³⁾

3. Mediale Bedeutung, Konkurrenz zum Fernsehen

Bereits aus dem technischen Sachverhalt ergibt sich eine scharfe Konkurrenz zum Fernsehen. Beim Abspielen von AV-Ware ist der Fernsehempfang blockiert, den Rundfunkanstalten die Programmverbreitung unmöglich.⁴⁾

Der AV-Markt ist erst in seiner Entstehung begriffen, doch läßt sich schon jetzt vermuten, daß er ähnlich wie der Fernsehmarkt strukturiert sein wird.

1) Annegret Grosskopf, Verführung im Pantoffelkino, Kölner Stadtanzeiger 1975, Nr. 118, S. 33.

2) Schiphorst, a.a.O., S. 9

3) Prognos Gutachten, Media Perspektiven 1973, Nr. 1, S. 7 ff.

4) Seeger, a.a.O., S. 253 f.

Dies ergibt sich einmal daraus, daß ein herkömmlicher Fernsehapparat zur Wiedergabe von Bild-Platten bzw. AV-Kassetten benutzt wird; also davon ausgegangen werden kann, daß sich der Käuferkreis von AV-Ware aus Fernsehteilnehmern rekrutiert. Zum anderen ist anzunehmen, daß diese Käufer nicht nur bestimmten, etwa den besonders finanzstarken, Gruppen angehören: Das Bemühen sämtlicher Hersteller, sowohl der Produzenten von Abspielgeräten (der sogenannten "hardware"), als auch derjenigen, die Bild-Platten und AV-Kassetten produzieren (der "software") ist auf eine massenhafte Verbreitung des neuen Mediums gerichtet. Man bemüht sich daher um preisgünstige Angebote¹⁾, um so die Teilnahme an diesem neuen Medium, wie bei der herkömmlichen Schallplatte und dem Tonband, für jeden erschwinglich werden zu lassen. Es ist anzunehmen, daß das AV-Medium trotz der zusätzlichen Kosten, ebenso wie die Schallplatte und das Tonband, weitgehende Verbreitung findet.

Die Chancen des AV-Mediums liegen dort, wo es gegenüber dem Fernsehen bevorteilt ist. Obwohl der AV-Markt wie der Fernsehmarkt strukturiert sein wird, kann man hier über den Vertrieb beliebige Zielgruppen selektieren.²⁾ Dies ist wichtig für die AV-Werbung und benachteiligt das Fernsehen.

1) Vgl. Schiphorst a.a.O., S 14 ff. mit einer ausführlichen Übersicht sämtlicher "hardware" und "software" Angebote

2) Schiphorst, a.a.O., S. 18.

Neben anderen Vorteilen, wie dem Sammelcharakter von AV-Ware, ist der Wichtigste die jederzeitige Wiederholbarkeit der AV-Kassette bzw. Platte. Daraus ergeben sich auch die Schwerpunkte künftiger Audiovision. Im Vordergrund wird die dokumentarische Information, Bereiche des Populärwissens, Bildungsprogramme und allgemeinbildende Unterhaltung stehen. Daneben verlangt die Zielgruppe der sogenannten Hobbyisten¹⁾ nach Programmen mit "Do it yourself"-Inhalten, Bastelanleitungen etc.. Wichtigster Teil der künftigen AV-Unterhaltung werden Kinderprogramme sein, da deren Repetitionsbedürfnis besonders ausgeprägt ist.²⁾

4. Die Rolle der Rundfunkanstalten

Die Rundfunkanstalten befürchten durch die Konkurrenz der Audiovision, nicht zuletzt durch Exklusivverträge freier AV-Unternehmer mit Künstlern und Autoren, in ihren Programminhalten beschränkt zu werden. Künftiger hauptsächlicher Programminhalt werde die journalistische Behandlung tagesaktueller Fragen.³⁾

1) ZDF-Kassettenkommission, S. 11

2) Vgl. im einzelnen zu künftigen AV-Themenkreisen ZDF-Kassettenkommission, S. 25 ff., Schiphorst, a.a.O., S. 18 f.

3) ZDF-Kassettenkommission, S. 28 f.

Andererseits haben sie aber bereits für ihre Beteiligung am AV-Markt vollendete Tatsachen geschaffen. Als Beispiel soll der Bayerische Rundfunk dienen, der hier auch die herausragende Rolle einnimmt.¹⁾ Über seine 50prozentige Tochter²⁾, der Teelepool Europäischer Programmkontor GmbH, hatte er bereits Anfang 1974 450 Stunden Fernsehsendematerial, das ansonsten ungenutzt weiter im Archiv gelagert hätte, zum Verkauf auf dem freien Markt als AV-Ware angeboten.³⁾ Außerdem ist der BR mit dem Südwestfunk zu 40% an der Münchener TR-Verlagsunion beteiligt, die ebenfalls in erheblichem Umfang auf dem AV-Markt tätig ist und die AV-Verwertung von Bildungsprogrammen des BR betreibt.⁴⁾

5. Gang der Untersuchung

Diese Faktizität kann aber nicht die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit erübrigen. Zweck dieser Arbeit ist es, in öffentlich-rechtlicher Sicht zu klären, ob überhaupt die Rundfunkanstalten am AV-Markt partizipieren können. Dies schließt nicht eine Behandlung der weitergehenden Frage ein, "wie" im einzelnen

1) Zu den übrigen ARD-Anstalten vgl. Schiphorst, a.a.O., S. 22 f., 90 f., 92 f.

2) Den anderen Anteil hält die Schweizer Rundfunk Gesellschaft.

3) Schiphorst, a.a.O., S. 25.

4) Schiphorst, a.a.O., S. 87 ff.

eine solche Beteiligung gegebenenfalls erfolgen kann. Es bleiben also insbesondere Probleme des Wettbewerbsrechtes und des Urheberrechtes unerörtert.

Ziel dieser Arbeit ist es auch, den Funktionsbereich der Rundfunkanstalten zu umgrenzen. Dabei scheint es angebracht, den Aufgabenbereich und den Funktionsbereich der Rundfunkanstalten zu trennen. Eine mögliche Beteiligung am AV-Markt soll daher zunächst am Aufgabenbereich und anschließend am Funktionsbereich gemessen werden.

ERSTER TEIL

DIE BETEILIGUNG AM AV-MARKT GEMESSEN AM AUFGABENBEREICH UND DER GEMEINNÜTZIGKEIT DER RUNDFUNKANSTALTEN

I. KAPITEL

Die rechtliche Situation der Deutschen Rundfunkanstalten¹⁾

Das Deutsche Rundfunkwesen in der Bundesrepublik liegt in den Händen von rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts²⁾, die allesamt mit dem Recht auf

1) Unter Rundfunk wird im Folgenden der Hörrundfunk und der Fernseh Rundfunk verstanden.

2) Für die gestellte Aufgabe interessieren jene zehn Anstalten, die Hörfunk- und Fernsehprogramme produzieren:

Bayerischer Rundfunk (BR-G v. 8.10.1948 i.d.F. v. 22.12.1959, BayGVBl S. 314); Hessischer Rundfunk (HR-G v. 2.10.1948 i.d.F. v. 6.2.1962, HessGVBl S. 21, 116); Norddeutscher Rundfunk (NDR-StV v. 16.2.1955, GVBl Hbg S. 197, GVBl Nds S. 167, GVBl Schl S. 92); Radio Bremen (RB-G v. 22.11.1948 i.d.F. v. 9.9.1969, BremGB1 S. 105); Saarländischer Rundfunk (SR-G Nr. 806 v. 2.12.1964 i.d.F. v. 1.8.1968, Saarl Amtsbl. S. 302); Sender Freies Berlin (SFB-G v. 12.11.1953 i.d.F. v. 23.5.1967, BerlGVBl S. 782); Süddeutscher Rundfunk (SDR-G 1096 i.d.F. des SDR-G Nr. 1113 v. 2.8.1951, Württ-Bad RegBl S. 63); Südwestfunk (SWF-StV v. 27.8.1951 i.d.F. v. 16.3.1959, GB1 Baden-Württ S. 56 GVBl Rhl-Pf S. 109); Westdeutscher Rundfunk (WDR-G v. 25.5.1954, GVBl NRW S. 151); Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF-StV v. 6.6.1961, vgl. u.a. BayGVBl S. 111).

Selbstverwaltung ausgestattet sind. Aufgrund ihrer Rechtsfähigkeit werden sie ebenso wie die Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts der mittelbaren Staatsverwaltung zugerechnet.¹⁾ Sie üben allerdings nicht staatliche, sondern (lediglich) öffentliche Aufgaben aus.²⁾

1. Das Selbstverwaltungsrecht der Rundfunkanstalten

Das Selbstverwaltungsrecht, das den herkömmlichen Anstalten des öffentlichen Rechts von jeher fremd war³⁾, mußte den Rundfunkanstalten aus verfassungsrechtlichen Gründen - die noch näher zu behandeln sind⁴⁾ - gewährt werden, um die Unabhängigkeit des

1) Vgl. u.a. Jecht, Die öffentliche Anstalt, S. 25 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 60; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 471.

2) Ganz überwiegende Meinung, vgl. insbes. Lerche, Werbefernsehen, S. 8; ders. Rundfunkmonopol, S. 33; Ipsen, Mitbestimmung, S. 39; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 37; Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 182.

Auf eine Klärung dieser im einzelnen umstr. Frage kommt es hier nicht an; vgl. dazu H.-E. Scheele, Art. 5 Abs. 1 GG und die Unabhängigkeit des Rundfunks, S. 5 ff.; Leibholz, Rechtsaufsicht, S. 15 ff.; Scholz, Jus 1974, S. 299 ff.

3) Jecht, a.a.O., S. 33. Zur Entwicklung des Selbstverwaltungsbegriffes vgl. ders., a.a.O., S. 22 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 471 ff.

4) Nähere Ausführungen dazu bei Behandlung der Rundfunkfreiheit.

Rundfunks gegenüber staatlichen Einflüssen zu sichern¹⁾.

Mittlerweile werden jedoch allgemein auch die Anstalten- neben den Körperschaften und Stiftungen - des öffentlichen Rechts insoweit als Selbstverwaltungsträger angesehen²⁾, als sie mit der Wahrnehmung an sich staatlicher Aufgaben betraut sind.³⁾

Das Selbstverwaltungsrecht befugt die Rundfunkanstalten, ihre gesetzlich vorgegebenen Aufgaben eigenverantwortlich, in eigener Verwaltung und auf eigene Kosten⁴⁾ zu erfüllen. Dabei sind sie keiner fachaufsichtlichen Kontrolle unterworfen.⁵⁾ Den Rundfunkanstalten ist dadurch

1) Jecht, a.a.O., S. 65.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 477 ff. m.w.Nw.; Jank, Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes, S. 17, m.w.Nw.

3) Im Falle des Rundfunks handelt es sich wegen des Verbots des Staatsrundfunks (BVerfGE 12, 262; 31, 325) nicht um eine staatliche Aufgabe, zu deren Wahrnehmung allein der Staat berufen ist, sondern um eine öffentliche Aufgabe, die zur Sicherung der Rundfunkfreiheit öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Auch solche formalen (äußerlich-organisatorischen) Aufgaben können in Form des Selbstverwaltungsrechts von öffentlich-rechtlichen Anstalten wahrgenommen werden. Vgl. dazu im einzelnen m.w.Nw. Leibholz, Rechtsgutachten zur staatlichen Rechtsaufsicht über die Programmgestaltung, S. 15 ff, 30 ff; Scheele, Art 5 Abs. 1 GE und die Unabhängigkeit des Rundfunks, S 5 ff.; Scholz JuS 1974, S. 302 f.

4) Wolff, Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 27 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 95 ff., 322 ff.

5) Wolff, a.a.O., S. 171; zur Rechtsaufsicht vgl. Scheele, a.a.O., S. 97 ff.; Leibholz, a.a.O., S. 12 ff., 34 ff.

die Art und Weise der Aufgabenerfüllung freigestellt und diesbezüglich ein gewisser "Bewegungsspielraum"¹⁾ bzw. "ungebundener Steuerungsraum"²⁾ eingeräumt. Aus dieser Tatsache könnte man unter Umständen Schlüsse ziehen für die Beantwortung der Frage, ob den Rundfunkanstalten eine AV-Verwertung gestattet ist.

2. Besonderheiten gegenüber anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten

Kurz aufgeführt seien noch einige Besonderheiten der Rundfunkanstalten - gegenüber anderen öffentlichen Anstalten -, die dazu beitragen, daß häufig auf ihren rein formalen Rahmen einer Anstalt des öffentlichen Rechts hingewiesen wird³⁾ und auch die Ansicht unterstützen, daß für die Rundfunkanstalten "die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt wohl mehr zufällig als bewußt als Idealtyp gewählt" wurde.⁴⁾

1) Maunz, Gutachten, S. 1.

2) Jecht, a.a.O., S. 65.

3) Dissidenter Geiger, Rink, Wand, BVerfGE 31, 314 (341), formulieren, daß die RF-Anstalten "... in Aufbau, ihren Organen und der Abwicklung ihrer Geschäfte jedes spezifischen öffentlich-rechtlichen Elementes entbehren."

4) Michel, Bericht I, S. 187; Stern-Bethge, Die Rechtsstellung des Intendanten, S. 19.

Der hohe technische und finanzielle Aufwand, den der Betrieb des Rundfunks erfordert, und die noch immer vorgebrachte Ansicht, daß trotz technischer Entwicklungen eine Wellenknappheit nach wie vor gegeben sei¹⁾, verhindern es, daß auf dem Rundfunkbereich eine der vielfältig untereinander konkurrierenden Presse vergleichbare Situation entsteht²⁾. Gleichzeitig erweist

-
- 1) So zuletzt BVerwGE 39, 159 ff. = NJW 1972, 968 m. Anm. Rudolf, S. 1292 = BayVBl 1972, 331, m. Anm. Kalkbrenner; = DÖV 1972, 491 m. Anm. Krause-Ablaus; = DVBl 1972, 926 m. Anm. Jank; = JuS 1972.

Die Ansicht, daß noch eine Wellenknappheit bestehe, dürfte wegen der Entwicklung des Kabelfernsehens, der Sendemöglichkeiten im 12 Gigahertz-Bereich und von Rundfunksatelliten nicht mehr haltbar sein. In diesem Sinne: m. w. Nw: Weber, Rundfunkfreiheit-Rundfunkmonopol, S. 467 f., Scholz, JuS 1974, S. 304 f.; Rudolf NJW 1972, S. 1292 f. u. a. m; Zu den technischen Möglichkeiten vgl. Rindfleisch, Media Perspektiven 1974, S. 353 ff.

Vgl. aber Lerche, Rundfunkmonopol, S. 45 ff., der nachweist, daß die von BVerfGE 12, 205 ff. getroffene Rechtfertigung des Rundfunkmonopols keineswegs durch technisch physikalische Änderungen dieser Situation zwangsläufig hinfällig würde.

- 2) Diese Tatsache dürfte sich allerdings nur unwesentlich ändern, wenn auch private Fernsehgesellschaften unter Ausnutzung der neuen technischen Möglichkeiten (Kabelfernsehen, 12 Gigahertz-Bereich, Satellitenfunk) zusätzliche Programme verbreiten. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der Organisationsformen nebst zugeordneter Kommunikationstechnik. So liefert die Presse mittels der Drucktechnik jährlich ca. 12 000 verschiedene Zeitschriftenexemplare. Eine nur annähernd vergleichbare Vielzahl kann im Rundfunkbereich nicht entstehen. Vgl. zur Situation der Presse: Starkula, Die Zeitschriften, in: Die öffentliche Meinung, Bonn 1972. Relevant ändern würde sich allerdings das Verhältnis gegenüber den Tageszeitungen.

sich der Rundfunk aber als ein eminenter Faktor der öffentlichen Meinungsbildung¹⁾ und somit als eine wesentliche Voraussetzung für eine funktionsfähige Demokratie. Diese Tatsachen verlangen es, daß der Rundfunk weder dem Staat noch dem Einfluß einer gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert ist. So sind denn auch die Anstalten von jeglicher staatlichen Fachaufsicht freigestellt und genügen dem Erfordernis einer neutralen, pluralen Meinungsbildung durch den pluralistischen Aufbau ihrer Anstaltsorgane²⁾, die in ihrer Funktion und Zusammensetzung parlamentarischen Organen gleichen.³⁾

Eine weitere Besonderheit gegenüber den üblichen öffentlich-rechtlichen Anstalten ist, daß die Rundfunkanstalten in der Ausübung von hoheitlicher Gewalt äußerst beschränkt sind. Gegenüber den Staatsbürgern, den Rezipienten ihrer Programme, verfügen sie über keinerlei hoheitliche Gewalt.⁴⁾ Dies beruht auf der alleinigen Zuständigkeit der Bundespost für den sendetechnischen Bereich⁵⁾, wobei die Rundfunkanstalten als Benutzer der erforderlichen fernmeldetechnischen Einrichtungen auftreten.

1) BVerfGE 12, 205 ff. (260); 31, 314 ff. (325 f.).

2) BVerfGE 12, 205 ff. (261); Scholz, a.a.O., S. 301, m.w.Nw.

3) Jeht, a.a.O., S. 103.

4) Dissidenter Geiger, Rink, Wand, BVerfGE 31, 314 ff. (342) zu dem vorhandenen hoheitlichen Bereich, etwa die Vergabe von Sendezeiten an die Parteien, vgl. Leibholz, a.a.O., S. 32.

5) § 1 FAG, RGBI I, S. 8.

Bezeichnend für den formalen Charakter der Rundfunkanstalt als einer Anstalt des öffentlichen Rechts ist es auch, daß die Rundfunkanstalten weder Beamte noch öffentlich-rechtliche Bedienstete beschäftigen.¹⁾

Es fragt sich, ob die hier aufgezeigten Besonderheiten, die die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sehr an privatrechtlich organisierte Unternehmen erinnern lassen, nicht letztlich Einfluß auf die Frage einer möglichen erlaubten AV-Verwertung haben.

1) Stern-Bethge, a.a.O., S. 19 ff.; Baumgarten, Die rechtliche Stellung der bei den öffentlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten Beschäftigten, S. 53 ff., 99 ff.

II. KAPITEL

Der Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten und die AV-Verwertung

Zunächst ist festzustellen, ob eine AV-Verwertung gemessen am Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten zulässig ist. Dafür ist eine Klärung der Begriffe AV-Verwertung und Aufgabenbereich nötig.

1. Der Begriff der AV-Verwertung

Für die Rundfunkanstalten ergeben sich verschiedene Möglichkeiten der AV-Verwertung¹⁾:

1. Verwertung des Programmstocks
2. Gleichzeitige Produktion für Sendung und AV-Verwertung
3. Produktion ausschließlich für die AV-Verwertung.

Dies könnte sowohl in Zusammenarbeit mit der Privatindustrie als auch ausschließlich durch die Rundfunkanstalten bzw. deren Tochtergesellschaften erfolgen. Im letzteren Falle wäre also das gesamte Herstellungsverfahren und die Verwertung von der Idee über die Produktion und den Vertrieb allein in Händen der Rundfunkanstalten.²⁾

1) ZDF-Kassettenkommission, S. 20 ff.

2) A.a.O., S. 21.

Das Interesse der Rundfunkanstalten hinsichtlich der AV-Verwertungsmöglichkeiten richtet sich hauptsächlich auf die Fallmöglichkeiten 1. und 2.

Untersucht sei im Folgenden zunächst eine erwerbswirtschaftliche AV-Verwertung von Fernsehprogrammen, die von vornherein neben ihrem Primärzweck, der Ausstrahlung als Sendung anschließend auch einer AV-Verwertung dienen sollten. Eine Unterscheidung¹⁾ der reinen Verwertung von Archivbeständen von der von vornherein ins Auge gefaßten Doppelfunktion einer Produktion erscheint nicht sinnvoll, da eine AV-Verwertung wohl nicht lediglich auf das bis zum Stichtag der Produktionsaufnahme angesammelte Archivmaterial beschränkt wird²⁾, sondern kontinuierlich weitergeht. Vielmehr ist hier eine wirtschaftliche Betrachtungsweise³⁾ angebracht, die berücksichtigt, daß, falls eine Archivverwertung zulässig wäre, dies auch von vornherein bei jeder (neuen) Produktion beachtet würde, so daß sich beide Tatbestände nicht trennen lassen.

1) Seeger, DÖV 1972, S. 260, 267 ff. ZDF-Kassettenkommission, S. 22 ff.; Friccius, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 49.

2) Dessen Verwertung selbstverständlich ebenfalls zulässig wäre, falls sich dies für den weitergehenden Begriff der hier gewählten AV-Verwertung herausstellen sollte.

3) So auch Reh binder, Rundfunkanstalten und Kassettenmarkt, UFITA, 1972, S. 135

Als Träger dieser AV-Verwertung sollen im Folgenden allein die Rundfunkanstalten behandelt werden. Im Bereich des Werbefunks ist es allgemeine Praxis der Rundfunkanstalten, diesen durch rechtlich ausgegliederte, rechtsfähige Tochtergesellschaften des Privatrechts zu produzieren, während die Rundfunkanstalten direkt lediglich die Werbeprogramme senden.¹⁾ Ähnliche Bestrebungen bestehen auch auf dem AV-Markt, wo einige Rundfunkanstalten sich bereits über privatrechtliche Tochter- und Enkelgesellschaften²⁾ fest engagiert haben. Eine solche Ausgliederung, die wohl auch mit dem Gedanken erfolgte, so jedenfalls rechtlich unproblematischer am AV-Markt partizipieren zu können, ist jedoch in materiell-rundfunkrechtlicher Hinsicht bedeutungslos,³⁾ da es einem allgemein anerkannten lapidaren Rechtsgrundsatz entspricht, daß der öffentlichen Hand nicht durch eine reine Auswechslung der Rechtsform etwas erlaubt sein kann, was ihr ansonsten verboten ist.⁴⁾

1) Vgl. Lerche, Werbefernsehen, S. 1 f., FN 5, zur Zulässigkeit dieser Praxis, Ipsen, Ausgliederung, NJW 1963, S. 2102 ff.

2) S. o. S. 26 f.

3) Dazu allgemein Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 272 ff.; Lerche, a.a.O., S. 2.

4) Seeger, a.a.O., S. 263; Rehbinder, a.a.O., S. 152 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 72; darauf wird später im einzelnen zurückzukommen sein.

Auch um die rechtliche Zulässigkeit einer Kooperation bei der Verwertung mit der Privatwirtschaft zu beurteilen, muß hier zunächst von einer völlig eigenverantwortlichen AV-Verwertung durch die Rundfunkanstalten ausgegangen werden; sollte dies als zulässig erkannt werden, könnte davon auch die Möglichkeit der Kooperation mit erfaßt sein.¹⁾

AV-Verwertung bedeutet hier nicht eine ausschließliche Produktion der Rundfunkanstalten nur für den AV-Markt. Diese Variante, die augenfällig von der Sendebezogenheit der Rundfunkanstalten abweicht, muß gesondert behandelt werden.

2. Der Begriff des Aufgabenbereiches

Häufig werden die Begriffe Aufgabenbereich, Aufgabenkreis, Wirkungsbereich, Betätigungsfeld und Funktionsbereich (der Rundfunkanstalten) ohne klare

1) Dies wird bei der Behandlung möglicher Organisationsformen der AV-Verwertung näher erörtert.

Unterscheidung und oft auch zur Kennzeichnung eines identischen Sachverhalts gebraucht.¹⁾

Besonders um eine klare Trennung vom später zu erörternden Funktionsbereich zu erlangen, ist der Begriff des Aufgabenbereiches möglichst eindeutig zu definieren.

Die rechtliche Einordnung des Rundfunks und damit auch seiner Aufgaben, erscheint schwierig. Eine Anstalt des öffentlichen Rechts, in der sich die Aufgaben eines Zeitungsverlages, eines Theater- und Orchesterträgers mit einem technisch äußerst

1) Maunz, Gutachten, S. 1 f., stellt wohl Aufgaben und Wirkungsbereich gleich, hebt aber davon den Funktionsbereich (S. 6) ab.

Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 56 ff. spricht von allgemeinen Aufgabenumschreibungen, die er dem Begriff Funktionsbereich unterordnet; ebenso P. Hertin, Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und ihre Grenzen bei der Ausgestaltung von Urheberverträgen, UFITA 1973, Bd. 66, S. 95 ff.

Ernst W. Fuhr, Randnutzung für den Rundfunk, epd, 1972, Nr. 16, S. 3.

Becker, Morstein-Marx, S. 195, stellt Aufgaben- und Wirkungskreis gleich.

Lerche, Werbefernsehen, S. 22 und Jecht, Anstalt, S. 58 f. verwenden Funktionsbereich und Wirkungskreis synonym.

entwickelten Unternehmen, unter einer atypischen öffentlichen Aufsicht¹⁾ vereinen, ist ein eigentümliches Phänomen.²⁾ Die Rundfunkanstalten führen Tätigkeiten aus, die sich schlecht in die überkommene Vorstellung von einem Hoheitsträger einfügen lassen. Dazu kommt, daß diese Tätigkeiten grundsätzlich privatrechtlich abgewickelt werden.³⁾

In Anbetracht der Vielzahl der von den Rundfunkanstalten ausgeführten Maßnahmen⁴⁾ sollen nur solche, die den Rundfunkanstalten in den unterverfassungsrechtlichen Normen ausdrücklich als Aufgaben zugewiesen sind, dem Aufgabenbereich zugeordnet werden.

Da es sich bei den Rundfunkanstalten um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt, ist die Erfüllung dieser Aufgaben ihr Daseinszweck.⁵⁾

1) S.o. S. 34

2) Scharf, Film und Recht, S. 279

3) ders. a.a.O.

4) So etwa Konzertaufführungen der Rundfunkorchester, auch wenn die Aufführungen nicht als Sendung vorgesehen sind, oder Forschungsarbeiten über neue technische Möglichkeiten der Programmübertragung. Die Zulässigkeit solcher Tätigkeiten soll bei Behandlung des Funktionsbereiches erörtert werden.

5) Leisner, a.a.O. S. 64

Es liegt nahe, bei der genaueren rechtlichen Einordnung dieser Aufgaben, trotz der Besonderheiten der Rundfunkanstalten gegenüber den anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten, von dem allgemeinen organisationsrechtlichen Grundsatz auszugehen, daß die Aufgabenzuständigkeit auch als Wahrnehmungsverpflichtung zu verstehen ist.¹⁾ Das bedeutet eine Kompetenz der Rundfunkanstalten bezüglich dieser in den Rundfunkgesetzen zugewiesenen Aufgaben, zu deren Erfüllung nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung besteht.²⁾

Dem stehen die bereits aufgezeigten Besonderheiten der Rundfunkanstalten³⁾ nicht entgegen. Das Konstruktionsprinzip der pluralistischen Infrastruktur und die weitgehende Unabhängigkeit vor staatlicher Aufsicht sollen ja gerade einer freien, pluralen und neutralen Meinungsbildung durch den Rundfunk⁴⁾ dienen. Berücksichtigt man außerdem die herausragende Rolle des Rundfunks bei der öffentlichen Meinungsbildung

1) Vgl. dazu allgemein m.w.Nw., Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 12 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, 431 ff.

2) So im speziellen Fall der Rundfunkanstalten Leisner, a.a.O., S. 64; Ulrich, Thome, DÖV 1962, S. 247; Fuhr, epd/Kirche und Fernsehen, 1972 Nr. 16, S. 3; allgemein, Wolff, a.a.O. S. 333; Jecht, a.a.O., S. 64.

3) S. o. S. 32 ff.

4) Eine derartige Meinungsbildung ist den im Anschluß hieran aufgeführten rundfunkgesetzlichen Aufgaben immanent.

und damit seine Unentbehrlichkeit als Massenkommunikationsmittel¹⁾ für das Funktionieren unserer demokratischen Staatsform, ist tatsächlich von einer Berechtigung und Verpflichtung zur Erfüllung der Rundfunkaufgaben auszugehen.²⁾ Dies ist gewissermaßen das gesetzlich vorgeschriebene Minimum³⁾, das die Rundfunkanstalten zu einem eminenten Faktor in der öffentlichen Meinungsbildung macht.

Demgegenüber sollen alle Maßnahmen, die von den Rundfunkanstalten im Rahmen bzw. gelegentlich der Aufgabenerfüllung ergriffen werden können, zu deren Durchführung aber im einzelnen keine Verpflichtung besteht, dem Funktionsbereich zugeordnet werden.⁴⁾

1) BVerfGE 12, 205 (260)

2) Zum gleichen Ergebnis kommt Ipsen, NJW 1963, S. 2103, der ohne nähere Begründung den aus dem Kommunalrecht stammenden Begriff der gemeindlichen Pflichtaufgabe auch im Fall des Selbstverwaltungsträgers Rundfunkanstalt verwendet. Vgl. dazu allgemein Peters, Handbuch der Kommunalwissenschaften und Praxis I, S. 131 f., 390.

3) Ipsen a.a.O., S. 2103

4) Dies dient hier lediglich einer begrifflichen Klärung und ist kein sachliches Ergebnis. Es verbleibt noch zu untersuchen, ob tatsächlich ein vom Aufgabenbereich abgrenzbarer Funktionsbereich besteht.

3. Der Inhalt des Aufgabenbereiches

Die Aufgabenbereiche¹⁾ der einzelnen Rundfunkanstalten sind in den jeweiligen Gesetzen verschieden formuliert.

Nahezu gleichgefaßt sind die Aufgaben der Sender in der ehemaligen amerikanischen Besatzungszone Bayerischer Rundfunk, Hessischer Rundfunk und Radio Bremen. Aufgabe²⁾ ist hier die Veranstaltung von Sendungen, die der "Bildung, Unterrichtung und Unterhaltung" dienen sollen. Ähnliches ist für den Südwestfunk normiert, dessen Aufgabe die Sendung von "erbauenden, bildenden, belehrenden und unterhaltenden Nachrichten und Darbietungen"³⁾ ist. Die Aufgabenbereiche der übrigen Rundfunkanstalten sind weniger bestimmt. Während die Aufgaben des Westdeutschen Rundfunks und des Norddeutschen Rundfunks mit der rundfunkseidnemäßigen, für die Allgemeinheit be-

1) Da es nur auf die Aufgabenstellung als solche ankommt, bleiben die Art und Weise - Sendegrundsätze -, wie die Rundfunkanstalten ihre Sendungen zu gestalten haben, unberücksichtigt; vgl. etwa § 4 Abs. I BR-G: (Die Sendungen) "... sollen von demokratischer Gesinnung, von kulturellem Verantwortungsbewußtsein, von Menschlichkeit und Objektivität getragen sein und der Eigenart Bayerns gerecht werden."

2) Art. 2, Art. 4 Abs. 1 BR-G; § 2 HR-G; § 2 RB-G.

3) § 3 Abs. 3 SWF-StV.

stimmten Verbreitung von Nachrichten in Wort, Ton und Bild¹⁾ beschrieben ist, wird als Aufgabe des Sender Freies Berlin und des Süddeutschen Rundfunks lediglich die Veranstaltung von Rundfunkdarbietungen²⁾ normiert. In Anlehnung daran ist der Aufgabenbereich des Saarländischen Rundfunks als die "Gestaltung und Verbreitung von Programmen des Hör- und Fernsehfunks"³⁾ bestimmt. Mit der pauschalsten Umschreibung begnügte man sich bei der jüngsten Anstalt, dem Zweiten Deutschen Fernsehen, dessen Aufgabe die "Verbreitung des Zweiten Fernsehprogramms"⁴⁾ ist.

Gemeinsames Merkmal aller Rundfunkgesetze und Staatsverträge ist es, daß allen Anstalten die sendemäßige Verbreitung ihrer Programme ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird. Dieser Sendebegriff findet eine exakte Definition beim Südwestfunk und Süddeutschen Rundfunk, wo die "Benutzung elektrischer Schwingung ohne Verbindungsleiter oder längs eines Leiters (Drahtfunk)"⁵⁾ normiert ist.

1) § 3 WDR-G; § 3 NDR-StV.

2) § 2 SFB-G; § 2 SDR-G.

3) § 9 SR-G.

4) § 1 Abs. 1 ZDF-StV.

5) § 3 Abs. 3 SWF-StV; 2 SDR-G.

Die übrigen Rundfunkgesetze sprechen entweder schlicht von "Sendung"¹⁾, von "Hörrundfunk, Fernsehfunk und Drahtfunk"²⁾, von "Verbreitung über Rundfunkanlagen" oder von "Rundfunksendung (Hörrundfunk, Fernsehrundfunk)"³⁾.

Trotz verschiedener Formulierungen kann festgestellt werden, daß die Aufgabenbereiche der Rundfunkanstalten prinzipiell sachlich übereinstimmen.⁴⁾ Zusammenfassend und unter Zuhilfenahme der Begriffsbestimmung des Rundfunks im Staatsvertrag der Länder über das Rundfunkgebührenwesen⁵⁾ kann man als gemeinsamen Aufgabenbereich "die Gestaltung von Rundfunkdarbietungen, die der Unterhaltung, Bildung und Belehrung dienen und ihre sendemäßige Verbreitung an die Allgemeinheit" erkennen.

1) Art 2 BR-G.

2) § 3 WRD-G; § 3 NDR-St.V.

3) § 2 HR-G.

4) Seeger, a.a.O., S. 258.

5) Vgl. § 1 StV über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens i.d.F. des StV zur Änderung des StV v. 1.7.1975 vgl. u.a. GVBl Bayern, S. 77 ff.

4. AV-Verwertung und Aufgabenbereich

Es fragt sich, wo die AV-Verwertung - bezogen auf den Aufgabenbereich - anzusiedeln ist.

Eine AV-Verwertung durch die Rundfunkanstalten setzt zunächst einmal entsprechende Verwertungsverträge mit den Inhabern der Schutzrechte (Interpreten, Urheber oder Dritten) voraus.¹⁾ Zum anderen werden mit den Konsumenten bzw. den zwischengeschalteten Vertriebsorganisationen der AV-Ware Kauf- bzw. Mietverträge²⁾ abgeschlossen. Diese erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten sind privatrechtlicher Art.³⁾

Die Teilnahme der Rundfunkanstalten am freien Wirtschaftsleben ist generell in dreierlei Weise möglich: als wirtschaftliches Handeln im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge, als abhängige fiskalische Tätigkeit und als selbständige fiskalische Tätigkeit.⁴⁾

Eine solche Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, als die AV-Verwertung, sollte sie sich als ab-

1) Vgl. Hertin, a.a.O., S. 95 ff.; zu den urheberrechtlichen Problemen, die nicht behandelt werden sollen; vgl. Roeber, Rechtsfragen der audiovisuellen Kassettensysteme, Film und Recht 1972, S. 247 ff.; ders., Film und Recht 1973, S. 311 ff.; Dünnwald, Die Rechtsentwicklung im Bereich der Audiovision, NJW 1974, S. 22 f.; BGH v. 26.4.1974 = GRUR 1974, S. 786 ff. m. Anm. Dünnwald.

2) Fuhr, a.a.O., S. 1 ff.

3) Reh binder, a.a.O., S. 121.

4) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht S. 67 ff. m.w.Nw.

hängige fiskalische Tätigkeit herausstellen, schon durch die dazu erforderliche enge Beziehung zum Aufgabenbereich legitimiert sein könnte. Dahingegen ist die Frage nach der Zulässigkeit einer Tätigkeit, die zur Aufgabenerfüllung nicht geboten ist und entweder als Daseinsvorsorge, oder als eine selbständige fiskalische Tätigkeit erfaßt werden kann, wie noch zu erörtern sein wird, von weiterreichender Problematik.

a) AV-Verwertung als abhängige fiskalische Tätigkeit?¹⁾

Unter "abhängiger fiskalischer Tätigkeit" versteht man ein mit der konkreten öffentlichen Aufgabe in enger Beziehung stehendes fiskalisches Handeln, das immer schon durch den Zweck, dem zu dienen es bestimmt ist, legitimiert ist.²⁾

Diese Legitimierungswirkung tritt ein, sofern die Zulässigkeit des verfolgten Zwecks gegeben ist und die jeweilige Tätigkeit dabei einen - noch zu bestimmenden Hilfscharakter aufweist.³⁾

1) Auch fiskalische Hilfstätigkeit genannt, vgl. m.w.Nw. Wolff-Bachoff, Verwaltungsrecht I, S. 106.

2) Hamann, a.a.O., S. 67 f.

3) Hamann, a.a.O., S. 67; Reh binder, a.a.O., S. 121 Forsthoff, DÖV 1957 S. 97 spricht von Hilfstätigkeiten ... "die sinngemäß zum Aufgabenbereich der Anstalten gehören, auch wenn sie nicht gesetzlich ausdrücklich angesprochen sind."

Im Fall der Rundfunkanstalten kann aber die Zulässigkeit von abhängiger fiskalischer Tätigkeit weiteren Einschränkungen ausgesetzt sein. Dies ergibt sich insbesondere aus der Wirkung der Rundfunkfreiheit und soll bei der Bestimmung der Grenzen des Funktionsbereiches noch dargelegt werden. Sollte also eine fiskalische Tätigkeit vom Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten "abhängig" sein, läßt sich daraus nur die Vermutung ihrer Zulässigkeit entnehmen.

Für die Frage, ob AV-Verwertung als eine vom Aufgabenbereich abhängige fiskalische Tätigkeit angesehen werden kann, kommt es auf den Grad der geforderten Abhängigkeit an und ob dieser in concreto vorliegt. Begnügte man sich mit einer nur mittelbaren Förderung der Rundfunkaufgabe, könnte man eine unter diesem Gesichtspunkt zulässige AV-Verwertung annehmen. Sicherlich erweist sich ja die AV-Verwertung durch erzielte Gewinne als ein kostensparender Faktor und dient somit mittelbar zur Erfüllung der Rundfunkaufgaben.

Wie sich aber schon aus dem Begriff "Abhängigkeit" und der Tatsache, daß abhängiges Handeln von der Aufgabe her legitimiert ist¹⁾, ergibt, sind hier enge Maßstäbe angebracht. Abhängig ist eine fiskalische Tätigkeit nur dann, wenn sie nötige Voraussetzung²⁾

1) Im Fall der Rundfunkanstalten aber weitere Einschränkungen, s.o.

2) In diesem Sinne Rehbinders, a.a.O., S. 130 f., der positiv erforderliche Tätigkeiten verlangt.

der Aufgabenerfüllung ist. Das ist z.B. bei der Errichtung eines Studiogebäudes zur Programmherstellung der Fall.

Wie jedes Verwaltungshandeln unterliegt auch die so verstandene abhängige fiskalische Tätigkeit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit¹⁾.

Um eine Ausuferung von abhängigen fiskalischen Tätigkeiten einzudämmen, ist also insbesondere zu prüfen, ob die jeweilige Maßnahme auch tatsächlich erforderlich ist.²⁾ So wäre es unter diesem Gesichtspunkt wohl keine legitime abhängige Tätigkeit mehr, wenn die Rundfunkanstalten die Entwicklung und Produktion von Fernsehkameras betrieben, anstatt sich diese auf dem freien (funktionierenden) Markt zu besorgen.

Auch aus der Tatsache, daß die Rundfunkanstalten ihre Aufgaben bisher aus dem Gebühreneinkommen und den Werbeeinnahmen finanzieren können³⁾, kann die AV-Verwertung nicht als eine nötige Voraussetzung

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 70 f.;
Hamann, a.a.O., S. 67.

2) Zu den vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ebenfalls umfaßten Kriterien der Angemessenheit und Geeignetheit, vgl. Lerche Übermaß und Verfassungsrecht S. 19 f, 76 ff.

3) Vgl. Stenzel, Das Fernsehen ist pleite . . .
eine Chance? Medium, Febr. 1975, S. 6 ff.

der Aufgabenerfüllung im Sinne einer erforderlichen Finanzierung betrachtet werden. Damit erübrigt es sich auch, weiter danach zu fragen, ob dies dann noch verhältnismäßig sei.

b) AV-Verwertung als öffentliche Daseinsvorsorge?

Es ist die Frage, ob man die AV-Verwertung als öffentliche Daseinsvorsorge qualifizieren kann. Forsthoff, auf den der Begriff der "Daseinsvorsorge" zurückgeht und der ihn bis heute im wesentlichen prägte¹⁾, rechnet ihr alle nützlichen Leistungen eines Verwaltungsträgers zu, die den einzelnen Staatsge-nossen unmittelbar zugute kommen, wobei es bedeutungslos ist, ob dies öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich erfolgt.²⁾

Häufig wird der Rundfunk als Aufgabe der "geistigen"

-
- 1) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 5 f., 138: "... alle Veranstaltungen, die zur Befriedigung des menschlichen Approbationsbedürfnisses getroffen werden ..."
 - 2) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 370 ff.; Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 187 ff.; dazu i. E. krit. Emmerich, Die kommunalen Versorgungsunternehmen, S. 55 ff.

bzw. "kulturellen Daseinsvorsorge" charakterisiert.¹⁾
Gemessen an der obigen Definition ist dies durchaus vertretbar; wenn auch insofern ohne jede juristische Relevanz, als aus dem Begriff "Daseinsvorsorge" nicht auf das Bestehen einer entsprechenden Kompetenz des Rundfunks geschlossen werden kann, sondern er hier lediglich soziologische Gegebenheiten beschreiben will.²⁾

Die AV-Verwertung kann aber nicht als eine solche Daseinsvorsorge angesehen werden, weil dafür schon das geforderte Merkmal der "Unmittelbarkeit", der Leistungsgewährung fehlt.

1) Ossenbühl, Rundfunkfreiheit und die Finanzautonomie des Deutschlandfunks, S. 9 m.w.Nw.; Leisner, Werbefernsehen und öffentl. Recht, S. 30 f., der dies als die h.L. bezeichnet, vgl. S. 30, FN 81; krit. Scholz, JuS 1974, S. 302 m.w.Nw.; krit. Lerche, Deutschlandfunk, S. 23; krit. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 176; BVerfGE 31, 314 ff. (330); BVerwGE 39, 159 ff. (168).
Zur weiteren Definition der Rundfunkaufgabe s.o. S. 30 FN 2

2) Vgl. dazu näher Lerche, Werbefernsehen, S. 5 f., 8; Scholz, a.a.O., S. 302 m.w.Nw.; Leisner, a.a.O., S. 31. Zur Frage, ob wegen der Zugehörigkeit einer Tätigkeit zur Daseinsvorsorge, evtl. wettbewerbsrechtliche Konsequenzen ausscheiden, vgl. Emmerich, Wirtschaftsrecht, S. 97 ff., der dies m.w.Nw. überzeugend ablehnt.

Direkt und unmittelbar kommen den Rundfunkteilnehmern die im täglich ausgestrahlten Programm enthaltenen, bildenden, unterhaltenden und unterrichtenden Vorteile zu, da hier die Rundfunkanstalten allein die ihnen gestellte öffentliche Aufgabe zum Nutzen der Bürger erfüllen.¹⁾

Anders verhält es sich bei der erwerbswirtschaftlichen AV-Verwertung: Hier begeben sich die Rundfunkanstalten auf einen Bereich, der wie erkannt, nicht Aufgabenerfüllung bzw. als abhängige Tätigkeit deren nötige Voraussetzung ist. Die kommerzielle Verwertung der Sendungen, der Verkauf als AV-Ware, der seitens der Rundfunkanstalten auch als eine Maßnahme zur Verbesserung ihrer schwierigen Finanzlage gesehen wird²⁾, dient zunächst eigenen finanziellen Vorteilen. Der in der jeweiligen gekauften oder gemieteten AV-Ware verkörperte Vorteil kommt daher dem einzelnen Abnehmer nur mittelbar zugute.³⁾

1) Vgl. Leisner, a.a.O., S. 31.

2) Schiphorst, a.a.O., S. 25

3) In diesem Sinne allgemein: Forsthoff, a.a.O., S. 372; Badura, a.a.O., S. 187 f.

Die AV-Verwertung ist weder Daseinsvorsorge noch eine abhängige fiskalische Tätigkeit. Allein gemessen am Aufgabenbereich erscheint die AV-Verwertung ihm gegenüber als eine selbständige erwerbswirtschaftliche Tätigkeit, deren Zulässigkeit zunächst in verfassungsrechtlicher Hinsicht¹⁾ gegeben sein muß.

1) Hamann, a.a.O., S. 73 f.

III. KAPITEL

Auseinandersetzung mit dem behaupteten Verbot selbständiger erwerbswirtschaftlicher Betätigung durch den Staat¹⁾

Die Frage, ob überhaupt und wenn ja, auf welche Weise der Staat erwerbswirtschaftlich tätig werden kann, lebte bei den Auseinandersetzungen um das Werbefernsehen wieder auf²⁾ und wird auch bei der Behandlung der AV-Verwertung durch die Rundfunkanstalten erörtert.³⁾

1. Staatliche erwerbswirtschaftliche Tätigkeit verneinende Ansichten

Einer der maßgeblichsten Vertreter der Ansicht, daß einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates

1) Im Folgenden steht "Staat" für alle öffentlichen Verwaltungsträger.

2) Vgl. u.a. H. Schneider, Werbung im Rundfunk, S. 18 ff.; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 165 ff.; Ipsen, Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2055 f.; Mallmann, Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung, VVDStRL, H. 19, S. 203 ff.

3) Reh binder, UFITA 1972, S. 138 ff.; Seeger, DÖV 1972, S. 256 ff.; Maunz, Gutachten, S. 4.

wirtschaftsverfassungsrechtliche Gründe¹⁾ entgegenstehen, ist Dürig²⁾, der zwar unter Berücksichtigung der Finanzmonopole in Art 105 Abs 1, 106 Abs 1 und 108 Abs 1 GG solches Handeln grundsätzlich bejaht, jede Ausdehnung darüber hinaus jedoch als eine Wesensgehaltverletzung (Art 19 Abs 2 GG) der in Art 2 Abs 1 GG geschützten Wettbewerbsfreiheit ansieht. Die "Wesensgehaltssperre" der Wettbewerbsfreiheit ergibt sich nach Dürig aus § 67 DGO³⁾, der Ausdruck des allgemeinen verfassungsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips sei und also der Staat "die letzte Instanz sei, auf die zu rekurrieren ist, wenn besagter Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen

-
- 1) Zum Begriff "Wirtschaftsverfassungsrecht" vgl. m.w.Nw. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 98 f.; Emmerich, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, S 101 ff.
 - 2) Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art 2, Rdn. 52; ders. Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. S. 175 ff.
 - 3) § 67 DGO v. 30.1.1935, RGBl. I, S 49 bestimmt:
"Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten oder wesentlich erweitern wenn:
 1. Der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt.
 2.
 3. Der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

erfüllt werden kann."¹⁾

Mit ähnlicher Begründung bejaht Ipsen dies und spricht insofern von einer durch den Rechtsgedanken des § 67 DGO vorgeschriebenen "Einstiftung" des Subsidiaritätsprinzips in die Verfassung. Das Subsidiaritätsprinzip sei gleichzeitig konstituierendes Element und Zulässigkeitsgrenze aller staatlichen Wirtschaftstätigkeit.²⁾

Aus anderen Erwägungen zum gleichen Ergebnis kommt Nipperdey³⁾, der im Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit (Art 2 Abs I GG) die institutionelle Garantie der sozialen Marktwirtschaft sieht. Jede staatliche erwerbswirtschaftliche Tätigkeit stelle eine Einwirkung darauf dar, die an den Schranken der Art 2 Abs 1 und 19 Abs 2 GG zu messen sei.⁴⁾ Dabei sei

1) Vgl. Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, S. 176; vgl. auch ders. in Maunz-Dürig-Herzog, GG. Art 1, Rdn. 54.

2) Vgl. Ipsen, Ausgliederung, NJW 1963, S. 2107

3) Vgl. Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, S. 25 ff., 40 f.

4) Ders., a.a.O., S. 59, FN 21 lehnt die Ausdehnung des Begriffs "verfassungsmäßige Ordnung" in BVerfGE 6, 32 ff. ab und verlangt vielmehr "übertragende Forderungen des Gemeindewohls", die ein erwerbswirtschaftliches Handeln verlangen.

eine Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, dessen Ausdruck Art 67 DGO sei, zwingend geboten.¹⁾

2. Argumente für die Zulässigkeit von staatlicher erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit

Diese Ansichten, die also regelmäßig ein erwerbswirtschaftliches Tätigwerden des Staates nicht zulassen, werden von der h.L.²⁾ zunächst mit dem Hinweis auf die wirtschaftspolitische Neutralität des GG abgelehnt. Diese wirtschaftspolitische Neutralität besteht darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich auf ein bestimmtes Wirtschaftssystem festgelegt hat. Dem Gesetzgeber steht es daher frei, die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen. Dabei ist aber zu betonen, daß diese Entscheidungsfreiheit kein generelles "Laufenlassen"³⁾ bedeutet, sondern durch entsprechende

-
- 1) Nipperdey, a.a.O., S. 26.
Die zahlreichen weiteren Ansichten zu diesem Problem sollen hier nicht behandelt werden. Es sei daher verwiesen auf die umfassenden Erörterungen, jedoch mit ausführlichen Nachweisen von: Klein a.a.O., S. 98 - 150; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen S. 140-190; Emmerich, a.a.O., S. 86 - 121.
 - 2) Vgl. dazu bes., jeweils m.w.Nw., Klein a.a.O., S. 108 ff.; Ehmke, Wirtschaft und Verfassung S. 7 f.; Lerche, Werbung und Verfassung S. 69 f; ders. Übermaß und Verfassungsrecht, S. 225 ff.; Emmerich, a.a.O. S 102 ff.; Krüger allgem. Staatslehre S. 577 ff.
 - 3) Lerche Übermaß und Verfassungsrecht S. 227

Verfassungsprinzipien und Grundrechte begrenzt ist.¹⁾

Ist somit eine Entscheidung für eine bestimmte Wirtschaftsordnung im Grundgesetz nicht getroffen, so läßt sich damit auch keine grundsätzliche Unzulässigkeit von staatlicher erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit aus dem Grundgesetz begründen.²⁾

Ebensowenig erscheint es haltbar, von einer verfassungsmäßigen Geltung des Subsidiaritätsprinzips auszugehen und aus ihm auch eine - gewiß einschneidende - Grenze für die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates abzuleiten.³⁾

Das Subsidiaritätsprinzip besagt auf einen Satz gebracht, daß ein staatliches Eingreifen erst dann gerechtfertigt ist, wenn die Privatinitiative unvermögend ist und auch innerhalb des Staates die anderen kleineren Gemeinschaften zur Erfüllung einer Aufgabe außerstande sind. Die jeweils größere Einheit

1) Vgl. dazu bes. BVerfGE 4, 7 ff. (17f.); 7, 377 ff. (400 f); 12, 354 ff. (363); BVerwGE 17, 306; Klein a.a.O., S. 108 ff.; Klinger, Die Werbe- und Verlegetätigkeit des BR, S. 14 f.; Püttner a.a.O., S. 140 ff, 157 ff., der insbesondere die aus Art 2, 12, 14 GG folgenden Begrenzungen behandelt.

2) Davon gehen aus u.a. BVerwG, NJW 1964, S. 2075 ff.; BGH, DVBl 1964, S. 475 ff.

3) Dies vertreten neben den auf S. 55f. Genannten u.a.: Isensee, Subsidiarität und Verfassungsrecht, S. 106 ff.; Korte, Verw. Archiv 61, S. 12 ff.; jeweils m.w.Nw.

solle erst dann berechtigterweise eintreten können, wenn die kleinere unvermögend ist.¹⁾ Dies würde in seiner unterschiedslosen Anwendung auf nicht von "Aufgaben- und Mitgliederkreis homogene Gemeinschaften"²⁾ - da es über Eignung und Eigenschaften des Trägers nichts aussagt³⁾ - die vom Grundgesetz anerkannte Organisationsgewalt des Staates lähmen bzw. letztlich auflösen.⁴⁾ So kann auch insbesondere nicht aus der Gliederung der Bundesrepublik in Bund und Länder die verfassungsmäßige Geltung des Subsidiaritätsprinzips entnommen werden.⁵⁾ Vielmehr wäre zu befürchten, daß es zur Schaffung von völlig neuen Gemeinschaftstypen käme und nicht mehr der Staat, sondern eine höhere, nichtstaatliche Instanz letztlich die Entscheidung über die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips hätte.⁶⁾

-
- 1) Zur Entstehung und dem einzelnen strittigen Inhalt des Subsidiaritätsprinzips vgl. weiterhin u. a.: Herzog, Evangelisches Staatslexikon S. 2264 ff.; Klein a. a. O., S. 151 f.; Emmerich, a. a. O., S. 108 f.
 - 2) Herzog, a. a. O., S. 2263
 - 3) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 772 f.
 - 4) Lerche, Rundfunkmonopol, S. 66; Emmerich, a. a. O. S. 109; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht S. 175 m. w. Nw.; Klein a. a. O., S. 162 m. w. Nw.
 - 5) Emmerich, a. a. O. S. 109
 - 6) Krüger, a. a. O. S. 772

Nicht zuletzt wegen dieser schweren Gefahren, die durch eine Anerkennung eines allgemein verfassungsrechtlich verankerten Subsidiaritätsprinzips und seine konsequente Anwendung für Staat und Gesellschaft entstünden, stößt die These von der allgemeinen verfassungsrechtlichen Geltung des Subsidiaritätsprinzips auf überwiegende Ablehnung.¹⁾ Damit läßt sich auch für die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates nicht durch das Subsidiaritätsprinzip unmittelbar aus der Verfassung eine Grenze ziehen.

Abgesehen davon ist es nicht haltbar, Art 67 DGO und seine Nachfolgebestimmungen²⁾ als Ausdruck

-
- 1) So neben den auf S. 60 FN4 Genannten: Bachof, Verbot des Werbefernsehens durch Bundesgesetz, S. 15 f.; Ehmke a.a.O., S. 60 f.; Lerche, Werbefernsehen S. 27 f.; ders. Verfassungsfragen um Sozialhilfe und Jugendwohlfahrt S. 26 f.; ders. Werbung und Verfassung S. 71; Schneider, Werbung im Rundfunk S. 19 ff.; Zeidler VVDStRL, H 19, S. 214; Thieme, Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft, S. 12 ff.; Ricardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, S. 52 ff.; jeweils m.w.Nw.; BVerwGE 23, 304 (306 f).
- 2) Wie z.B. Art 89 Bay-GO i.d.F. v. 5.12.73 (GVBl S. 599); Art 108 Nds-GO i.d.F. v. 7.1.74 (GVBl S. 1); Art 88 NRW-GO i.d.F. v. 11.8.69 (GVGl S. 656); § 85 RhPf-GO i.d.F. v. 14.12.1973 (GVBl S. 419)

des Subsidiaritätsprinzips zu verstehen. Die Tatsache, daß die Gemeinden nur dann wirtschaftliche Unternehmen errichten dürfen, wenn der erstrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird, bedeutet nämlich neben der Subsidiarität gegenüber den einzelnen (privaten) Unternehmen ebenso den möglichen Vorrang von größeren Verbandskörperschaften. Dies läuft aber dem Subsidiaritätsprinzip zuwider.¹⁾

Eine erhebliche Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates und im speziellen Falle wohl ein Verbot der AV-Verwertung durch die Rundfunkanstalten könnte sich aus Art 67 DGO und seinen Nachfolgevorschriften²⁾ ergeben, wenn es sich dabei tatsächlich um einen allgemeinen, alle Verwaltungsträger bindenden Rechtsgrundsatz handelte.³⁾

Bedenken gegen eine solche allgemeine Wirkung werden einmal insofern erhoben, als es sich bei § 67 DGO um eine speziell die Gemeindewirtschaft beschränkende Vorschrift handelt⁴⁾. Dies wird damit begründet,

-
- 1) Thieme, a.a.O., S. 18; Surén, Die Gemeindeordnungen in der BRD, Bd. II, S. 160
 - 2) S.o.S. 61 FN 2
 - 3) So u.a. Dürig, a.a.O. Art 2 Abs 1 Rdw 52; Ipsen Ausgliederung; NJW 1963, S. 2107; Schmidt-Tophoff DÖV 1961, S. 493 ff.
 - 4) Stern-Püttner, Die Gemeindewirtschaft. Recht und Realität S. 181; Püttner a.a.O., S. 170 m.w.Nw.

daß § 67 DGO und seine Nachfolgebestimmungen Schutzvorschriften für das Gemeindevermögen seien, weil sich die Gemeinden in riskante und zum Teil ruinöse Wirtschaftsbetätigungen eingelassen hatten.¹⁾ Durch diese Vorschriften wird einer Ausdehnung von gemeindlichen, wirtschaftlichen Unternehmen der Riegel vorgeschoben²⁾. Andererseits läßt sich aber nicht verneinen, daß diese Vorschriften ebenfalls eine Schutzwirkung für die Privatwirtschaft vor der Konkurrenz öffentlicher Unternehmen entfalten³⁾. Fraglich ist aber, ob diese spezifisch gemeinderechtlichen Normen als Ausdruck eines allgemein verbindlichen Rechtsgrundsatzes verstanden werden können und eine Analogie zulassen. Dies scheitert schon daran, daß es sich nur um einen vermeintlich allgemein verbindlichen Rechtsgrundsatz handelt.⁴⁾ In der Gemeindeordnung der Länder Baden-Württemberg, Hessen und Schleswig-Holstein wird nämlich lediglich

-
- 1) Schneider, Werbung im Rundfunk S. 22; Seeger a.a.O., S. 256; jeweils mit Hinweis auf die amtliche Begründung zu § 67 DGO vom 30.1.1935 RgAnz No. 25 bis 28.
 - 2) Lerche, Verfassungsfragen S. 56; ders. Werbefernsehen, S. 28; Leisner a.a.O., S. 174 f.; Surén, Die Gemeindeordnungen, Bd. II, S. 139, jeweils m.w.Nw.
 - 3) Reh binder a.a.O., S. 141 m.w.Nw.
 - 4) ders. a.a.O., S. 141; Zu den Auswirkungen dieser unterschiedlichen Bestimmungen vgl. Stern-Püttner a.a.O., S. 173 ff.

verlangt, daß der öffentliche Zweck die Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen rechtfertigt und diese in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf der Gemeinden stehen müssen. Hier ist der Umfang der Beschränkung geringer als in den anderen Bundesländern. Es entfällt die weitergehende Einschränkung, daß der Zweck nicht "ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann".¹⁾

Ein weiteres überzeugendes Argument gegen die Annahme eines allgemeinen Rechtsgedankens liefert Klein, der nachweist, daß abgesehen von den momentanen Gegebenheiten, die zur Regelung des § 67 DGO führten, die Nachfolgebestimmungen den Besonderheiten kommunaler Wirtschaftstätigkeit Rechnung tragen. Ein Schutz der Privatwirtschaft werde lediglich gegenüber kommunaler Wirtschaftstätigkeit bezweckt. Er begründet dies damit, daß "... die Gefährdung des, dem einzelnen zur Entfaltung seiner ökonomischen Initiative zur Verfügung stehenden, Spielraums desto intensiver wird, je zahlreicher die räumlichen Berührungspunkte mit der konkurrierenden öffentlichen Hand sind, und je größere Ähnlichkeit Art und Weise des beiderseitigen Betätigungsfeldes miteinander haben".²⁾ Berücksichtigt

1) So: Art 89 Abs 1 Nr. 3 Bayr-GO

2) Klein a. a. O., S. 178

man dies, ist es einleuchtend, daß etwa der "Betrieb kommunaler Hotels, Bäckereien, Wäschereien usw. für den einzelnen Bürger empfindlichere Folgen haben kann, als die staatliche Beteiligung an einem Stahl- oder Bergwerk".¹⁾

Auch diese Ansicht, die richtigerweise auf den Unterschied zwischen staatlicher und kommunaler Wirtschaftstätigkeit abstellt, verbietet es, § 67 DGO und seine Nachfolgebestimmungen als Ausdruck eines allgemein bindenden Rechtsgedankens anzusehen. Eine Analogie scheidet daher aus.²⁾

Die AV-Verwertung, als Form staatlicher Wettbewerbsteilnahme, verstößt also grundsätzlich weder gegen die Verfassung, noch ist sie wegen entsprechender Anwendung des § 67 DGO unzulässig.³⁾ Weitere verfassungsrechtliche Einschränkungen können sich aber insbesondere aus der Funktion der Rundfunkfreiheit ergeben. Dies sei später erörtert.

1) Klein, a.a.O., S. 178

2) Leisner, a.a.O., S. 175; Klein a.a.O., S. 178; Rehbinder a.a.O. S. 142 jeweils mit ausführlichen weiteren Nachweisen.

3) Zu der Ansicht Krügers, Allgemeine Staatslehre S. 179 ff., 763ff., dem Staat sei als Repräsentant des Gemeinwohls jegliche erwerbswirtschaftliche Tätigkeit versagt, die allgemein abgelehnt wird, vgl. m.w.Nw. Klein a.a.O., S. 183 ff.

IV. KAPITEL

Die Gemeinnützigkeit der Rundfunkanstalten

Einer AV-Verwertung könnte die den Rundfunkanstalten in Gesetzen, Staatsverträgen und Satzungen vorgegebene "Gemeinnützigkeit" entgegenstehen. Die dafür verwendeten Formulierungen sind unterschiedlich. Beim NDR, beim SFB, dem SR, dem WDR und dem ZDF wird lediglich von einer "gemeinnützigen Anstalt des öffentlichen Rechts" gesprochen.¹⁾ Der SWF "führt seine Geschäfte nach den für gemeinnützige Anstalten geltenden Grundsätzen".²⁾ Ähnlich heißt es auch beim HR, der "ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dient."³⁾ Ganz anders - und, wie sich herausstellen wird, am klarsten - kommt der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck beim BR und SDR zum Ausdruck, wo bestimmt ist: "Der BR (SDR) ... hat die den gemeinnützigen Anstal-

1) § 1 StV-NDR; Art 1 NDR-S; § 1 SFB-G; § 8 SR-G; § 1 WDR-G; § 1 StV-ZDF; § 1 ZDF-S; sämtliche zit. Vorschriften abgedruckt in: Lehr-Berg, Rundfunk und Presse in Deutschland.

2) Art 4 SWF-G.

3) § 1 HR-G.

ten zuerkannten Vorrechte."¹⁾ Lediglich für Radio Bremen ist nichts derartiges normiert.

Die gesetzliche Festlegung der Rundfunkanstalten auf ein gemeinnütziges Verhalten läßt zunächst vermuten, daß ihnen damit jegliche erwerbswirtschaftliche Tätigkeit verboten sei.²⁾ Zu einem solchen Ergebnis käme man, wenn man sich ausschließlich am Wortsinne der Gemeinnützigkeit orientierte.³⁾ Richtig ist es, anzunehmen, daß es sich hier um den von der Rechtssprache festgelegten, zum Steuerrecht gehörenden Gemeinnützigkeitsbegriff handelt.⁴⁾ Der steuerliche Begriff der Gemeinnützigkeit ergibt sich aus den §§ 17 bis 19, Steueranpassungsgesetz⁵⁾ und erklärt solche Zwecke für gemeinnützig, die ausschließlich und unmittelbar die Allgemeinheit fördern. Die klare Formulierung im Falle des BR und des SDR bekräftigt, daß hier nicht der Versuch gemacht wurde, die Rundfunkanstalten in ihrem Handeln an einen

1) Art 1 BR-G1 § 3 SDR-G.

2) Vgl. Krüger, Allgemeine Staatslehre, der dies aus Gründen des - ähnlichen Begriffs - Gemeinwohls vertritt.

3) Vgl. dazu ausführlich Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL, H. 6, S. 117 ff.

4) Seeger, DÖV 1972, S. 257; Scharf, Film und Recht 1972, S. 284.

5) I.d.F. vom 21.12.1974, BGBl I, S. 3656.

allgemeinen - juristischer Begrenzung schwer zugänglichen - ¹⁾ Begriff zu binden, sondern ihnen hier lediglich die steuerlichen Vorteile von gemeinnützigem Handeln gewährt werden sollen.

Den in der Gemeinnützigkeit-VO geregelten formellen Voraussetzungen ²⁾ dient die Aufnahme des Gemeinnützigkeitsbegriffs in Rundfunkgesetze bzw. Satzungen. § 1 HR-S befolgt diese Anordnung des § 2 I Gem-VO wörtlich und normiert eine "Anstalt, die ausschließlich und unmittelbar gemeinnützigen Zwecken dient."

Die Festlegung der Rundfunkanstalten auf Gemeinnützigkeit, die also lediglich der Sicherung von steuerlichen Vorteilen dient ³⁾, schließt eine erwerbswirtschaftliche AV-Verwertung nicht aus. Dies ergibt sich aus §§ 6, 15 Gem-VO. Die ansonsten steuerbefreite Anstalt kann danach einen Gewerbebetrieb angliedern und ist nur mit ihm steuerpflichtig ⁴⁾.

Im übrigen ist zur Frage der wirtschaftlichen Betätigung der Rundfunkanstalten in den Rundfunkgesetzen,

-
- 1) Vgl. allgem. Zeidler, Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung, VVDStRL, S. 218 f.
 - 2) § 2 Abs 1 Gem-VO i.d.F. v. 18.8.1969 BGBl I, S. 1211 fordert die Festlegung der Zwecke in Satzung bzw. Gesetz.
 - 3) Vgl. m.w.Nw. Seeger, DÖV 1972, S. 257 f.
 - 4) Vgl. ausführlich H. von Wallis, Steuerbegünstigung gemeinnütziger Zwecke, S. 63 ff.

die den Aufgabenbereich normieren, ausnahmslos nichts gesagt.¹⁾ Dabei soll der Bereich der Rundfunkwerbung hier beiseite gelassen werden, da die Werbung kein Sonderproblem bei der Frage nach der AV-Verwertung aufwirft.

Ferner könnte die AV-Verwertung nicht zum Funktionsbereich der Rundfunkanstalten gehören und daher unzulässig sein.

1) Scharf, Film und Recht 1972, S. 280. Weitere Aspekte des Aufgabenbereichs werden bei Behandlung des Funktionsbereichs erörtert.

ZWEITER TEIL

DER FUNKTIONSBEREICH¹⁾ DER RUNDFUNKAN- STALTEN UND DIE AV-VERWERTUNG

Bereits bei den Auseinandersetzungen um das Werbefernsehen war es strittig, ob dieses dem Funktionsbereich zuzuordnen²⁾, also zulässig sei. Auch in dem zum konkreten Thema vorliegenden Schrifttum spielt der Funktionsbereich der Rundfunkanstalten eine große Rolle, wird doch vornehmlich wegen "Überschreitens des Funktionsbereiches" die Unzulässigkeit der AV-Verwertung angenommen.³⁾

-
- 1) Vgl. zum, die gesamten Staatsfunktionen betreffenden Begriff "Funktionsbereich", der den Umfang von legislativer bzw. administrativer Regelungsgewalt umfaßt, u.a. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften u. Grundgesetz, S. 167 ff., 185 ff., 205 ff.; hier soll lediglich der anstaltsrechtliche Funktionsbereich behandelt werden. Diesen Begriff verwenden u.a. Lerche, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 64 f.; Jecht, Die öffentliche Anstalt, S. 57; geläufig ist ferner: "Funktionsgrenze", so u.a. Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentl. Hand, S. 85 ff.; Forsthoff, DÖV 1957, S. 97 f.; ebenso ist geläufig: Wirkungsbereich und -kreis", so u.a. BGHZ, 20, 119 ff.; Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, S. 102 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 476 ff.
 - 2) Vgl. u.a. Lerche, a.a.O., S. 15 ff.; Leisner, a.a.O., S. 64 ff.; H. Schneider, Werbung im Rundfunk, S. 24 ff.
 - 3) Vgl. Seeger, DÖV 1972, S. 253 ff.; Reh binder, UFITA, Bd. 65, 1972, S. 121 ff.; Hertin UFITA, Bd. 66, 1973, S. 100 ff..

I. KAPITEL

Grundsätzliche Unterscheidung des Funktionsbereichs vom Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten.

Zunächst ist festzustellen, ob sich der Funktionsbereich grundsätzlich vom Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten unterscheiden läßt.

Ganz allgemein dazu äußert sich Forsthoff: "Die normalen gesetzlichen und satzungsmäßigen Umschreibungen des Wirkungsbereiches eines Verwaltungsträgers enthalten in aller Regel keine erschöpfende Festlegung des Wirkungsbereichs. Denn vielfach haften sich der Hauptfunktion mannigfach Neben- und Hilfstätigkeiten an".¹⁾ Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß die Funktionsgemäßheit und damit die Zulässigkeit solcher Neben- und Hilfstätigkeiten²⁾ auch selbständig von der übertragenen Aufgabe bestimmt werden kann.

Das könnte im Fall der Rundfunkanstalten als Sonder-typus einer öffentlichen Anstalt geboten sein. Neben der Erfüllung ihres Hauptzwecks, der Sendung von Programmen führen die Rundfunkanstalten eine Viel-

1) Forsthoff, DÖV 1957, S. 99.

2) Wolff, Verwaltungsrecht II S. 322 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 495 f.; Jecht a. a. O., S. 102; u. a. m.

zahl anderer Tätigkeiten aus.¹⁾ So veranstalten sie Konzertreisen ihrer Rundfunkorchester, auch wenn die jeweiligen Aufführungen nicht der anschließenden sendemäßigen Verbreitung dienen. So gibt etwa der Bayerische Rundfunk Druckmaterialien zur Vertiefung seines "Telekollegs" heraus.²⁾ Die Rundfunkanstalten beteiligen sich an privaten Fernsehproduktionsgesellschaften, oder vermieten zur Ausnutzung freier Kapazitäten eigene Produktionsanlagen.³⁾

Dies sind nur einige Beispiele der vielfältigen Nebentätigkeiten der Rundfunkanstalten.⁴⁾ Sie zeigen aber auf, daß es schwerfallen dürfte, allein aus dem Anstaltsbegriff und den in den Rundfunkgesetzen normierten Aufgaben eine nur annähernd zuverlässige Umschreibung aller, den Rundfunkanstalten irgendwie zulässigen, Tätigkeiten zu gewinnen. Dies ist insbesondere der Fall bei solchen Tätigkeiten, deren Sendebezogenheit wie bei den genannten Beispielen schwerlich erkennbar ist.

Es wurde bereits erkannt, daß zur Erfüllung des Aufgabenbereichs nicht nur eine Berechtigung, sondern

-
- 1) Beispiele nach Maunz, Gutachten, der die Zulässigkeit solcher Tätigkeiten feststellt.
 - 2) Vgl. dazu die ausführliche Zulässigkeitserörterung von Klinger, a.a.O., S. 83 ff..
 - 3) Die Zulässigkeit dieser Tätigkeiten sei hier vorausgesetzt.
 - 4) Vgl. die umfassende Aufzählung von Maunz a.a.O., S. 6 f.

auch eine Verpflichtung besteht.¹⁾ Betrachtet man nun die oben aufgeführten Nebentätigkeiten, deren Zulässigkeit hier vorausgesetzt wird, kann lediglich eine Berechtigung dazu, nicht aber auch eine Verpflichtung angenommen werden. Hierfür fehlt in den Rundfunkgesetzen und Satzungen eine rechtssatzungsmäßige Formulierung, aus der eine Wahrnehmungspflicht gefolgert werden kann.²⁾

Zum anderen steht den Rundfunkanstalten die Art und Weise der Aufgabenerfüllung durch das eingeräumte Selbstverwaltungsrecht³⁾ frei. Eine Konkretisierung erfolgte lediglich durch die Normierung von sogenannten Sendegrundsätzen. So ist es etwa dem Bayerischen Rundfunk aufgegeben: Die Sendungen "... sollen von demokratischer Gesinnung, von kulturellem Verantwortungsbewußtsein, von Menschlichkeit und Objektivität getragen sein und der Eigenart Bayerns gerecht werden".⁴⁾ Diese lediglich inhaltliche Konkretisierung beschränkt aber kaum den durch das Selbstverwaltungsrecht sich ~~eröffnenden~~ weiten Bereich von Maßnahmen, mit denen die Programmaufgabe erfüllt werden kann.

1) S. o. S. 39 ff

2) Wolff, Verwaltungsrecht II, S. 12, 14 ff., 22 m. w. Nw.

3) S. o. S. 30f; Zur Wirkung des Selbstverwaltungsrechts auf den Funktionsbereich ist später noch einzugehen.

4) § 4 Abs I BR-G

Es ist daher davon auszugehen, daß neben dem Kompetenzbereich der rundfunkgesetzlichen Aufgaben, zu deren Erfüllung sowohl eine Berechtigung als auch eine Verpflichtung steht, ein weiterer Freibereich existiert, der die Maßnahmen umfaßt, zu deren Durchführung die Rundfunkanstalten lediglich berechtigt sind. Dieser Bereich, dessen Grundlagen und weitere Abgrenzungen anschließend erörtert werden, soll als Funktionsbereich bezeichnet werden.

Auffallend ist zunächst, daß es keine einheitliche Definition des rundfunkrechtlichen Funktionsbereiches gibt. Nach Leisner handelt es sich um den "Inbegriff der potentiellen Zuordnungsnormen".¹⁾

Maunz versteht darunter die Tätigkeiten, die "nötig und zweckmäßig sind, den Hauptzweck zu erfüllen."²⁾ Für Seeger ist der Funktionsbereich, der sich "aus der Errichtung einer öffentlich rechtlichen Anstalt ergebende Spielraum bei der Aufgabenerfüllung."³⁾ Mit der Unklarheit der begrifflichen Definition des Funktionsbereiches verbindet sich auch seine ungeklärte inhaltliche Bestimmung.

1) Leisner, a.a.O., S. 64

2) Vgl. Maunz, Gutachten, S. 6.

3) Seeger, a.a.O., S. 253; vgl. auch Fuhr, epd 1972, Nr. 16, S. 3.

Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden und eine Klärung dieses "schillernden" Begriffs¹⁾ versucht werden.

1) Maunz, a.a.O., S. 6.

II. KAPITEL

Voraussetzungen für die Schaffung des Funktionsbereiches

Um allgemein das Wesen des Funktionsbereiches zu erfassen, muß man sich der Notwendigkeiten erinnern, die den Staat veranlassen, den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung¹⁾ bei ihrer Aufgabenerfüllung einen Funktionsbereich einzuräumen.

Das entscheidende Motiv des Staates bei der Aufgabenübertragung an öffentliche Anstalten und andere Träger mittelbarer Staatsverwaltung ist es, diese Aufgaben somit besser und effektiver durchgeführt zu wissen.²⁾ Sinnvoll erscheint dies nur, wenn dabei den Aufgabenträgern das Selbstverwaltungsrecht³⁾ eingeräumt wird, und es den Aufgabenträgern somit möglich ist, ungebunden und eigenverantwortlich unter Einsatz ihrer Experten besonders wirksam die Aufgaben zu erfüllen.⁴⁾

Mit dem Grundsatz einer effektiven, planmäßigen und zukunftsweisenden Verwaltung⁵⁾ ist es sicherlich nicht

1) S. o. S. 30.

2) Fröhler, Werbefernsehen und Pressefreiheit, S. 10.

3) Vgl. dazu allgemein Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 471 ff.; s. o. S. 27 f.

4) Vgl. Jecht, Die öffentliche Anstalt, S. 64.

5) Maunz, Gutachten, S. 2.

vereinbar, bei der Aufgabenübertragung ein bis ins einzelne gegliedertes und detailliertes Erfüllungsprogramm zu liefern¹⁾ und diese somit gewissermaßen zu lähmen. Besonders bei den Rundfunkanstalten hat man sich - wie gezeigt - grundsätzlich mit der Normierung der Pflichtaufgaben begnügt²⁾ und den weiteren Bereich der Maßnahmen, den die Rundfunkanstalten im Rahmen bzw. gelegentlich dieser Aufgabenerfüllung ergreifen können, nicht festgelegt.

Der somit eingeräumte Bewegungsspielraum kann aber nicht grenzenlos sein. Vielmehr müssen den Trägern mittelbarer Staatsverwaltung in ihrem Handeln nach außen Grenzen gesetzt sein.³⁾ Dies ergibt sich neben den allgemeinen Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁴⁾ auch aus der Tatsache, daß zur Vermeidung eines "chaotischen Durcheinanderverwaltens"⁵⁾ eine rechtlich erfassbare Bindung an

1) Vgl. Jecht, a.a.O., S. 57 f., der auf die als Ausnahme geltende detaillierte Aufgabenbestimmung beim öffentlichen Bankwesen hinweist.

2) Eine konkretisierung erfolgte durch die "Sondergrundsätze", s.o. S. 73; ebenso wurde das Werbefernsehen durch die Festlegung bestimmter Sendezeiten eingeschränkt. Vgl. u.a. § 22 Abs 3 ZDF-StV; § 35 Abs 5 SR-G i. V. m. § 2 Durchführung VO d. SR-G.

3) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 482; Jecht, a.a.O., S. 57 f.

4) Vgl. dazu allgemein Forsthoff, a.a.O., S. 32 ff., 119 ff.; speziell für die Rundfunkanstalten vgl. Maunz, Gutachten, S. 2f.

5) Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, s. 138.

die Aufgaben und Begrenzung der Maßnahmen zur Aufgabenerfüllung gewährleistet sein muß. Dies führte zu dem von Rechtsprechung und Lehre geschaffenen Begriff des Funktionsbereiches, der das Terrain der den Aufgabenträgern zulässigen Maßnahmen absteckt. Seine Grundlagen, Grenzen und rechtlichen Wirkungen sollen im speziellen Fall der Rundfunkanstalten erörtert werden.

Aus dem bisher Gesagten könnten als wesentliche Faktoren zur Bestimmung des Funktionsbereiches der Rundfunkanstalten der ihnen gesetzlich übertragene Aufgabenbereich, ihre Organisationsform als Anstalt des öffentlichen Rechts und das ihnen eingeräumte Selbstverwaltungsrecht erkannt werden. Dabei wäre aber übersehen, daß es zwar normalerweise Zweckmäßigkeitserwägungen des Staates¹⁾ sind, die zur Ausgliederung von Aufgabenkomplexen führen, jedoch im Falle der Aufgabenübertragung an die Rundfunkanstalten dies aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlich war²⁾, um die verfassungsrechtlich normierte Rundfunkfreiheit vor staatlichen, bzw. den Einflüssen einer gesellschaftlichen Gruppe zu schützen.

1) Vgl. Wufka, Grundlagen der Rundfunkfreiheit, S. 122.

2) BVerfGE 12, 205 (263); vgl. Seeger, DÖV, 1972, S. 258 f..

1. Die materielle Rundfunkfreiheit

In Art 5 Abs 1 S. 2 wird bezüglich der dort geschützten¹⁾ Rundfunkfreiheit lediglich von der Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk gesprochen. Im Gegensatz zu der ebenfalls in Art 5 Abs 1 S. 2 GG umfassend garantierten Pressefreiheit erscheint durch die verengte Formulierung des GG der Schutz des Rundfunks geringer.

Unter Berichterstattung wird einmal die wertungsfreie Mitteilung über Tatsachenabläufe²⁾ durch den Rundfunk verstanden. Zum anderen umfaßt sie auch die Wiedergabe wertender Urteile von rundfunkfremden Personen über Tatsachenabläufe.³⁾ Letztlich handelt es sich aber wohl dabei um einen im Einzelfall nicht abgrenzbaren Begriff, weil Bericht und Meinung untrennbar zusammenhängen.⁴⁾ Dies wird klar, wenn man bedenkt, daß allein die zeitliche Platzierung einer Meldung in den Nachrichten bereits

1) So BVerfGE 12, 205 ff. (259 ff.); 31 314 ff. (325 f.); 35, 202 (221 f.); a.A. Wufka, a.a.O., S. 72 ff., der als Basis der Rundfunkfreiheit die "normative Trias" der Art 5 Abs 1 S. 2; 20, Abs 1 und 21, Abs 1, S. 1 GG ansieht.

2) Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG Art 5, Rdnr 200.

3) Vgl. Wufka, a.a.O., S. 75 f.

4) Starck, Zusammensetzung der Rundfunkgremien und Rundfunkfreiheit, S. 16.

eine Meinung über deren Wichtigkeit signalisiert. So wird denn auch eine einschränkende Sicht der Rundfunkfreiheit, die nur auf die wertungsfreie Berichterstattung bezogen ist, allgemein abgelehnt.¹⁾

Wesentlicher Anhaltspunkt zum Verständnis der Rundfunkfreiheit ist die Erkenntnis, daß der Rundfunk als ein "unentbehrliches Massenkommunikationsmittel" die öffentliche Meinungsbildung beeinflusst und sich dabei als ein "eminenter Faktor" erweist.²⁾

Entscheidende Kontrollfunktionen üben in unserer parlamentarischen Demokratie die Bürger durch ihre Wahlentscheidung aus. Dies setzt aber voraus, daß in unserer Demokratie die Herrschaft der öffentlichen Meinung gesichert ist,³⁾ und es jederzeit möglich ist, daß aus der zur herrschenden öffentlichen Meinung konkurrierenden Mindermeinung die Mehrheitsmeinung werden kann,⁴⁾ über die sich der Staat letztlich nicht hinwegsetzen wird.⁵⁾ Dieser Meinungsbildungsprozeß, der grundsätzlich nicht vom Staat gesteuert

1) Vgl. u.a., m.w.Nw. Starck, a.a.O., S. 16; Wufka, a.a.O., S. 74 f.; Lerche, Werbefernsehen, S. 8 f.

2) BVerfGE 12, 205 ff. (260); 35, 202 ff. (222).

3) Vgl. Leibholz, Staatliche Rechtsaufsicht über die Programmgestaltung, S. 24.

4) Vgl. m.w.Nw. Langenbucher, Rundfunkkontrolle und gesellschaftliche Relevanz, S. 81.

5) Leibholz, a.a.O., S. 25.

und reglementiert werden darf, setzt eine freie und umfassende Information voraus.¹⁾ Hierbei erweist sich der Rundfunk als ein unentbehrlicher Faktor öffentlicher Meinungsbildung.²⁾

Wichtige meinungsbildende Beiträge liefert der Rundfunk dabei durch kritische Information über die Politik des Staates und die Rolle gesellschaftlich relevanter Gruppen.³⁾ Daneben ist aber anerkannt, daß diese meinungsbildende Leistung von der ganzen Breite des Programms auch durch Fernsehspiele und Musikshows erbracht wird.⁴⁾ Daraus ergibt sich, daß die Programmgestaltungsfreiheit als wesentlicher Kern der Rundfunkfreiheit anzusehen ist.⁵⁾ Diese Programmgestaltungsfreiheit wird ebenso wie die Pressefreiheit von der ganzen Breite des Art 5 Abs 1 getragen und ist als eine Zusammenschau der Berichterstattungsfreiheit, des Meinungsäußerungs- und Meinungsverbreitungsrechtes und der Kunstfreiheit zu verstehen.⁶⁾

1) Vgl. dazu ausführlich Wufka, a.a.O., S. 59 ff.

2) BVerfGE 12, 205 ff. (260).

3) Starck, a.a.O., S. 20.

4) BVerfGE 12, 205 ff. (260); 35, 202 ff. (222).

5) Vgl. u.a., m.w.Nw. Leibholz, a.a.O., S. 27; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 84 f.; Ossenbühl, Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie, S. 8.

6) Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, S. 519 f..

Schwerpunkt dieser Programmgestaltungsfreiheit ist - entsprechend der Bedeutung einer freien öffentlichen Meinung - die Rolle des Rundfunks als Faktor und Medium öffentlicher Meinungsbildung.¹⁾

Die Unterscheidung von Programmgestaltungsfreiheit und allgemeiner Meinungsfreiheit soll gerade darauf hinweisen, daß der Meinungsfreiheit des Rundfunks Grenzen gesetzt sind.²⁾ Einschränkungen ergeben sich daraus, daß nicht etwa eine einseitige³⁾ Meinungsmache geschützt wird, sondern Beiträge, die Ausdruck von objektiver, pluralistischer Meinung und ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit sind. Ferner muß stets Sachlichkeit und gegenseitige Achtung gewährleistet sein.⁴⁾ So gesehen bedeuten die zulässigen kritischen Rundfunkbeiträge keine zersetzenden staatsverneinenden Programme, sondern ein analysierendes Abwägen des Für und Wider der behandelten Sachverhalte.⁵⁾

Dies ergibt sich daraus, daß insbesondere aus Gründen einer angeblich noch bestehenden Wellenknappheit⁶⁾

1) Lerche, Werbefernsehen, S. 9; vgl. auch Leibholz, a.a.O., S. 26 f.

2) Scheele, Art 5 Abs 1 GG u. die Unabhängigkeit des Rundfunks, S. 43 f.

3) Ossenbühl, a.a.O., S. 9.

4) BVerfGE 12, 205 ff. (263).

5) Starck, a.a.O., S. 21.

6) S. o. S. 33

der Rundfunk in den Händen eines Monopols der Rundfunkanstalten liegt¹⁾, und nicht - wie bei der Presse - eine Nivellierung, auch extremer Position, durch das breite Spektrum der publizierten Meinung erfolgt.

Diese Sondersituation zwang auch den Gesetzgeber zur Sicherung der Rundfunkfreiheit, das Rundfunkwesen so zu organisieren, daß es frei von staatlichen Einflüssen bzw. denen einer gesellschaftlichen Gruppe ist.²⁾ Ebenfalls ergab sich aus Art 5 Abs 1 der Auftrag an den Gesetzgeber zur Sicherung einer neutralen und pluralen Meinungsbildung, jegliche staatliche Fachaufsicht auszuschließen und eine neutrale Meinungsbildung durch den pluralistischen Aufbau der anstaltlichen Kontroll- und Entscheidungsorgane zu gewährleisten.³⁾

Mit diesen Einschränkungen versehen, erweist sich die Rundfunkfreiheit neben der Pressefreiheit als ein Instrumentalgrundrecht des allgemeinen Kommunika-

-
- 1) Dessen Berechtigung allerdings umstritten ist; s.o. S. 33. Vgl. auch Scheele, a.a.O., S. 44 f., der mit dem Hinweis auf die (theoretische) Möglichkeit, daß "Jedermann" Rundfunk betreiben könne, auf einen mit Art 5 Abs 1 GG vereinbaren "einseitigen und parteiisch ausgerichteten" Rundfunk hinweist.
 - 2) VerfGE 12, 205 (261 ff.); vgl. dazu Starck, Medium-Dokumentation, Bd. 5, S. 22 ff.
 - 3) Vgl. Jank, Rundfunkanstalten, S. 24 ff., 59 ff., 64 ff.

tionsgrundrechtes der Art 5 Abs 1, S. 1 GG, "seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten." ¹⁾

Diese sogenannte materielle Rundfunkfreiheit gewährleistet im Sinne eines liberalen Abwehrrechtes die Staatsfreiheit des Rundfunks und schützt die Rundfunkanstalten vor allen Maßnahmen des Staates, die in die Rundfunkfreiheit eingreifen. ²⁾

Die individualrechtliche Seite der materiellen Rundfunkfreiheit verblaßt aber in seiner Bedeutung, wenn man die verschwindende Zahl seiner Grundrechtsträger gegenüber der unermeßlich größeren Zahl der Programmadressaten betrachtet.

1) Starck, a.a.O., S. 18 f.; zu den weiteren - hier nicht erörterten - Bestandteilen der Rundfunkfreiheit wie "Informationsfreiheit", "Freiheit der Mitarbeiter"; vgl. m.w.Nw. Löffler, NJW 1964, S. 2277 ff.; Wufka, a.a.O., S. 34 f.

2) Ossenbühl, a.a.O., S. 8.

2. Die formelle¹⁾ Rundfunkfreiheit

Der Schutz der Programmadressaten ist durch die allgemein anerkannte²⁾ Institutionalisierung der Rundfunkfreiheit gewährleistet. Insbesondere wegen der Tatsache, daß Art 5 Abs 1 S. 2 den Rundfunk keineswegs auf die Rechtsform einer öffentlichen Anstalt festlegt, sondern die - theoretische - Möglichkeit privater RF-Träger ausdrücklich anerkannt ist³⁾, ergeben sich hinsichtlich der Bestimmung des durch die formelle Rundfunkfreiheit gewährten institutionellen Schutzes Schwierigkeiten. So divergieren die Ansichten über den Inhalt des gewährten institutionellen Schutzes erheblich.⁴⁾

1) Diesen Begriff verwenden u.a. Lerche, Werbefernsehen, S. 4, 15 f.; Wufka, Grundlagen der Rundfunkfreiheit, S. 81 f.

2) So, mit verschiedener Begründung BVerfGE 12, 205 (259 f.); 31, 314 (326 f.); Oppermann, Kulturverwaltungsrecht, S. 518 f.; Ossenbühl, Rundfunkfreiheit und Finanzautonomie, S. 8 ff.; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 82 ff.; Scholz, JuS 1974, S. 299 ff.; Lerche, a.a.O., S. 4, 15 f.; ders., Rundfunkmonopol, S. 51.

3) BVerfGE 12, 205 ff. (262); BVerwGE 39, 159 ff.

4) Vgl. die Behandlung der verschiedenen Ansichten von: Scholz, a.a.O., S. 299, 302 f., m.w.Nw.

Hier soll dem von Stern in Anschluß an Lerche¹⁾ entwickelten Begriff der formellen Rundfunkfreiheit gefolgt werden. Danach enthält "Art 5 Abs 1 GG ... auch die Garantie eines ebenso "staatsfreien" wie dem bestimmenden Einfluß einzelner gesellschaftlicher Gruppen entzogenen, mit dem Recht der Selbstverwaltung versehenen Rundfunks als Träger einer der öffentlich rechtlichen (Leistungs)-Verwaltung zugehörenden Aufgabe, gleichgültig, ob diese in den Organisationsformen des privaten oder öffentlichen Rechts ausgeführt wird."²⁾

Dem durch diese institutionelle Garantie implizierten Verfassungsauftrag ist der Gesetzgeber durch die öffentlich-rechtliche Organisation des Rundfunks und dessen hauptsächliche Finanzierung über Rundfunkgebühren nachgekommen.³⁾

Diese somit - abgesehen etwa von der pluralistischen Infrastruktur - maßgeblich durch "typisch verwaltungsrechtliche Eigenschaften, wie vor allem die elementare

1) Lerche, Werbefernsehen, S. 4, 15 f; vgl. Stern, Funktionsgerechte Finanzierung der Rundfunkanstalten durch den Staat, S. 29 f.

2) Stern, a.a.O., S. 34.

3) Stern, a.a.O., S. 34 ff.; Scholz, a.a.O., S. 302.

Garantie der wirtschaftlichen Vermögenshoheit und der finanziell-haushaltsrechtlichen Unabhängigkeit der Rundfunkanstalten" ¹⁾ geprägte Struktur der Rundfunkanstalten genießt durch Art 5 Abs 1 GG institutionellen Schutz.

Eine Erörterung der verschiedenen Ansichten zur formellen - institutionellen - Rundfunkfreiheit würde zu weit gehen ²⁾ bei der Frage, ob eine AV-Verwertung zulässig ist. Insbesondere ist ja zu klären, ob der anstaltliche Funktionsbereich dies zuläßt. Dieser Funktionsbereich ist aber durch die bestehende Organisation der Rundfunkanstalten als Anstalten des öffentlichen Rechts maßgeblich bestimmt. Daher ist auch eine AV-Verwertung an diesen wesentlichen Strukturprinzipien des bestehenden Rundfunks institutionalisierenden und insofern engsten Verständnis der formellen Rundfunkfreiheit zu messen ³⁾.

1) Lerche, Werbefernsehen, S. 15 f.

2) Vgl. dazu m.w.Nw. Scholz, a.a.O., S. 299, 302 f.; Scheele, a.a.O., S. 25 ff.

3) Sollte die AV-Verwertung sich gegenüber der so verstandenen formellen Rundfunkfreiheit als zulässig erweisen, ist dies auch der Fall gegenüber den anderen Ansichten, die von einer Institutionalisierung auch der typisch verwaltungsrechtlichen Eigenschaften des Rundfunks absehen.

3. Der Rundfunk

Für die Umgrenzung des Funktionsbereiches der Rundfunkanstalten und insbesondere der Frage, ob eine AV-Verwertung möglich ist, muß auf den Bezugspunkt und das Schutzobjekt der Rundfunkfreiheit, den 'Rundfunk', näher eingegangen werden.

Seit dem Fernsehurteil ist die Doppeldeutigkeit des Rundfunkbegriffs¹⁾ geläufig. Allein auf den sendetechnischen Bereich beschränkt ist der "fernmelderechtliche" Rundfunkbegriff, der die Zuständigkeit der Bundespost für die Verleihung und Verwaltung der Sendefrequenzen begründet.²⁾ Eine Zuordnung der AV-Verwertung, die ja keinerlei sendetechnische Komponente enthält, zum fernmelderechtlichen Rundfunkbegriff ist von vornherein ausgeschlossen.

Wichtiger ist hier die Seite des Rundfunks als Programmbetrieb bzw. dessen kulturellrechtliche Bedeutung als organisations-rechtlich, spezifisch geprägtes Massenkommunikationsmittel.³⁾ Das Wesen

1) BVerfGE 12, 205 ff. (225.).

2) Vgl. § 1 FAG v. 14.1.1928, abgedr. in Lehr-Berg, Rundfunk und Presse, S. 314, in Verbindung mit den einzelnen Rundfunkgesetzen, die allesamt eine sendemäßige Programmverbreitung anordnen; s.o. S. 44 f.

3) Vgl. Lerche, Rundfunkmonopol, S. 14 ff.

dieser Seite des Rundfunkbegriffs ergibt sich aus der in Art 5 I GG geschützten Rundfunkfreiheit mit ihrem Kern der Programmfreiheit und ihrer meinungsbildenden Funktion¹⁾ und hat ihren Niederschlag in den Rundfunkgesetzen gefunden, wo etwa von der Veranstaltung von Sendungen gesprochen wird, die der "Bildung, Unterrichtung und Unterhaltung"²⁾ dienen.

Es wäre aber verfehlt, den kulturell-rechtlichen Rundfunkbegriff ohne jeden technischen Bezug zu sehen und den Rundfunk lediglich unter Berücksichtigung seiner medialen Wirkung als eine Institution der Publizistik³⁾ anzusehen. Richtig ist, daß die rein technische Einordnung des Rundfunks, wie sie am Anfang des Rundfunkwesens wegen seiner technischen Neuigkeit von den Rezipienten vorgenommen wurde, mittlerweile aus der Sicht der Empfänger, verfliegen ist,⁴⁾ und es diesen jetzt lediglich auf den meinungsbildenden Inhalt der Sendungen ankommt.

1) Lерche, Werbefernsehen, S. 8 ff.

2) Art 2, Art 4 Abs 1 BR-G; § 2 HR-G; § 2 RB-G.

3) So m.w.Nw. Badura, Verwaltungsmonopol, S. 176.

4) Vgl. Leibholz, Staatliche Rechtsaufsicht über die Programmgestaltung, S. 23 f.; in diesem Sinne auch BVerfGE 12, 205 (227) wenn es feststellt, daß die fernmeldetechnischen Aspekte in den frühen Zeiten des Rundfunks von überragender Bedeutung gewesen sein mögen, ihnen aber - sähe man den Rundfunk als Ganzes - schon seit Jahrzehnten nur noch untergeordnete, dienende Funktionen zukämen.

Die sendemäßige Verbreitung des Programms an die Allgemeinheit (= die technische Komponente) ist aber bei der juristischen Erfassung, auch bei der primär kulturell-rechtlichen Beurteilung des Rundfunks, nie auszusparen¹⁾; dies gebietet die Sondersituation der Rundfunkanstalten. Es sind ja maßgeblich die technischen Gründe der Wellenknappheit, die den Gesetzgeber bewegten, zum Schutz vor Meinungsmonopolen und damit zur Sicherung der Rundfunkfreiheit ein Veranstaltungsmonopol²⁾ der Rundfunkanstalten mit ihren organisatorischen Besonderheiten zu errichten. Insbesondere um eine unzulässige Monopolausweitung auch auf andere Bereiche, etwa den AV-Markt, entgegenzuwirken, sind auch bei der kulturell-rechtlichen Einordnung des Rundfunks seine ihm spezifischen technischen Besonderheiten, die sendemäßige Programmausstrahlung, stets zu beachten.³⁾

1) Vgl. Lerche, Rundfunkmonopol, S. 15, 17 ff.

2) Dazu Lerche, a.a.O., S. 48 f.

3) In diesem Sinne Rehbindner, UFITA, Bd. 65, 1972, S. 124.

III. KAPITEL

Rechtliche Grundlage des Funktionsbereiches

1. Die Rundfunkfreiheit als rechtliche Grundlage

Die freiheitliche demokratische Kommunikationsverfassung des Grundgesetzes fordert also einen ebenso staatsfreien wie von einer gesellschaftlichen Gruppe unabhängigen Rundfunk.¹⁾ Diesem Verfassungsauftrag kam der Gesetzgeber durch die Konstruktion der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten mit ihrer pluralistischen Infrastruktur nach.²⁾

Aus den Prinzipien der Rundfunkfreiheit ergibt es sich, daß der Gesetzgeber klug daran tat, es dabei mit einer relativ pauschalen Aufgabenstellung zu belassen³⁾ und im übrigen den Rundfunkanstalten das Selbstverwaltungsrecht einzuräumen. Ein bis ins einzelne detailliertes Aufgabenerfüllungsprogramm, etwa Festlegung von programmanteiligen Quoten für politische Sendungen, Unterhaltungssendungen, Wirtschaftssendungen etc. in der den Aufgabenbereich

1) Vgl. Scholz, JuS 1974, S. 301.

2) Vgl. Lerche, Werbefernsehen, S. 15; ders., Rundfunkmonopol, S. 34 ff.; Herrmann, ÄÖR, Bd. 90, 1965, S. 298.

3) S. o. S. 44 ff.

normierenden unterverfassungsrechtlichen Normen und ein insofern bedeutungsloses Selbstverwaltungsrecht wäre insoweit mit Art 5 I GG unvereinbar, als dadurch das Gebot der Staatsfreiheit¹⁾ des Rundfunks ausgehöhlt würde. Die Rundfunkorganisation muß dem Freiheitsrecht des Art 5 GG dienen, und das durch die Rundfunkfreiheit geforderte Maß an Freiheit darf nicht durch allzu viel unterverfassungsrechtliche Regeln eingeschränkt sein.²⁾

So wird verständlich, daß sich der den Funktionsbereich verkörpernde Bewegungsspielraum³⁾ der Rundfunkanstalten unmittelbar und allein aus der in Art 5 Abs 1 GG geschützten Rundfunkfreiheit ergibt.⁴⁾ Der Funktionsbereich ist als ein unbestimmter Gesetzesbegriff⁵⁾ zu sehen; durch die Einräumung des Selbstverwaltungsrechts erhielt der zur Aktualisierung der Rundfunkfreiheit unerläßliche Funktionsbereich die nötige gesetzliche Ausformung.

1) BVerfGE 12, 205 (261)

2) Vgl. Starck, Zusammensetzung der Rundfunkgremien und Rundfunkfreiheit. S. 18.

3) Maunz, Gutachten, S. 1.

4) Vgl. Wufka, Grundlagen der Rundfunkfreiheit, S. 122 f.; Seeger, DÖV 1972, S. 258 f.. Unberührt bleibt dabei die Konkretisierungsaufgabe des Gesetzgebers; vgl. dazu allgemein, Lerche, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, S. 292 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 127 ff.

5) Maunz, a.a.O., S. 3.

2. Aufgabenbereich und Funktionsbereich

Die verfassungsrechtliche Grundlage des Aufgabenbereiches und des Funktionsbereiches ist dieselbe. Daraus ergibt sich aber nicht, den Aufgabenbereich etwa als Grundlage des Funktionsbereiches anzusehen.¹⁾ Der Aufgabenbereich ist der Pflichtbereich, während der Funktionsbereich ein Freibereich von zulässigen Maßnahmen ist, dessen Grundlage - soweit keine Konkretisierung durch den Gesetzgeber erfolgt - sich allein aus Art 5 Abs 1 GG ergibt. Aufgaben- und Funktionsbereich sind nicht identisch.²⁾ Sie stehen vielmehr in einem Ergänzungsverhältnis zu einander. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind zur Erfüllung des Aufgabenbereiches berechtigt und verpflichtet. Er ist ihr Daseinszweck.³⁾

Den nötigen verfassungsrechtlich geforderten Freiheitsraum bei dieser Aufgabenerfüllung liefert der Funktionsbereich. Er umfaßt alle, den Rundfunkanstalten zulässige Maßnahmen, zu deren Wahrnehmung im einzelnen keine Verpflichtung besteht. Be-

1) So u.a. Hertin, UFITA, 1973, Bd. 66, S. 95 f.; Fuhr epd 1972, Nr. 16, S. 3.

2) Seeger, DÖV, 1972, S. 258; Maunz, a.a.O., S. 6.

3) S. o. S.39ff; vgl. Becker, in: Morstein-Marx, S. 195.

zugsobjekt aller Handlungen im Rahmen des Funktionsbereiches ist der Aufgabenbereich. Dabei fallen aber nicht etwa alle Maßnahmen, die zur Aufgabenerfüllung zweckmäßig erscheinen, in den Funktionsbereich, sondern sind nur innerhalb der zu erarbeitenden rechtlichen Grenzen des Funktionsbereiches zulässig.¹⁾

1) Vgl. Seeger, a.a.O., S. 258; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 64; allgemein: Jecht, Die öffentliche Anstalt, S. 57 ff..

IV. KAPITEL

Die Grenzen des Funktionsbereiches

Die Abgrenzung des Funktionsbereiches erweist sich als weitgehend ungeklärt, so daß die Ansicht vertreten wird, dies sei nur in extremen Fällen möglich¹⁾, etwa wenn die Rundfunkanstalten etwas, ihrer Kernaufgabe absolut Zuwiderlaufendes, Schädigendes unternehmen. Ein solcher Fall wäre gegeben, wenn der Programmauftrag einer ausgewogenen Berichterstattung²⁾ dadurch verletzt würde, daß sich die Rundfunkanstalten als Wahlkampfmittel einer politischen Partei mißbrauchen ließen. Hier ergibt sich aber die Unzulässigkeit schon unmittelbar aus einer Verletzung des Aufgabenbereiches, der ja hinsichtlich der Objektivität und Unparteilichkeit durch die Sendegrundsätze konkretisiert ist.

Anders verhält es sich aber bei der hier verfolgten Frage nach der Zulässigkeit der AV-Verwertung, wo nicht ohne weiteres angenommen werden kann, daß eine solche schädigende Wirkung vorliegt. Eine Un-

1) Maunz, Gutachten, S. 6.

2) Vgl. zu dem Sendegrundsatz der "Neutralität" m.w.Nw. Klaus Schneider, Konzentrationsbestrebungen, S. 42 ff., der nachweist, daß eine kritische, im verantwortlichen Sinn einseitige Berichterstattung geboten ist und den funktional zu verstehenden Neutralitätsgrundsatz nicht verletzt.

klarheit über die Grenzen des Funktionsbereiches ist aber insbesondere wegen der eminenten Bedeutung des Rundfunks als Kommunikationsmittel auszuräumen.

1. Begrenzung durch den Rundfunkbegriff

Als erster, schon rein begrifflich gebotener Grenzpunkt des Funktionsbereiches der Rundfunkanstalten bietet sich der kulturell-rechtliche Rundfunkbegriff an. Wie sich aus der verfassungsrechtlichen Grundlage des Funktionsbereiches, Art 5 Abs 1, S. 2 GG, und der Tatsache ergibt, daß es sich dabei um ein auf den Rundfunk bezogenes Instrumentalgrundrecht handelt¹⁾, erstreckt sich der Verfassungsschutz und -auftrag nur auf solches Handeln der Rundfunkanstalten, das auch mit dem Rundfunk als solchem vereinbar ist.

Dem kulturell-rechtlichen Rundfunkbegriff, nämlich den Rundfunk als organisatorisch spezifisch geprägtes Massenkommunikationsmittel zu sehen²⁾, dessen entscheidender Faktor in seiner meinungsbildenden Funktion liegt³⁾, steht eine AV-Verwertung zunächst nicht entgegen. Es kann ja davon ausgegangen werden, daß,

1) S. o. S. 83 f.

2) Lerche, Rundfunkmonopol, S. 14 ff.

3) Stern-Bethge, Die Rechtsstellung des Intendanten, S. 19.

wie die ursprüngliche Sendung, auch das inhaltlich identische AV-Produkt meinungsbildend wirkt.

Es wurde aber bereits festgestellt, daß die Sendebezogenheit dem kulturell-rechtlichen Rundfunkbegriff immanent ist¹⁾, also vorausgesetzt wird, daß die Programmverbreitung per 'Funk' geschieht.²⁾ Dies kann aber im Fall der Verbreitung von Sendungen als AV-Ware keineswegs angenommen werden.

So wird auch die Zulässigkeit einer AV-Verwertung verneint, weil grundsätzlich aus dem Funktionsbereich alle Medien auszuschließen seien, die nicht als eine sendemäßige Programmübermittlung an die Allgemeinheit verstanden werden können.³⁾ Dieser, einseitig an der Sendebezogenheit orientierten Betrachtungsweise, die im Medium der elektromagnetischen Wellen das entscheidende Abgrenzungskriterium sieht, ist nicht zu folgen. Ihr muß zunächst entgegengehalten werden, daß der Rundfunk primär vom Programm her zu bestimmen ist.⁴⁾ Sieht man bereits im technischen Bereich die entscheidende Barriere errichtet, heißt dies, die Rundfunkanstalten ein für allemal allein auf dieses Medium einzu-

1) S. o. S. 89 f.

2) Vgl. Lerche, a.a.O., S. 18 ff. zur Frage, ob Kabelfernsehen Rund-"Funk" ist.

3) Hertin, UFITA, 1973, Bd. 66, S. 98 f.; Geiger, Grenzen des Rundfunkmonopols, S. 36 ff., 66.

4) Leibholz, Staatliche Rechtsaufsicht über die Programmgestaltung, S. 24.

frieren. Dies würde dem Gedanken, daß jede öffentliche Verwaltung ein den technischen Entwicklungen aufgeschlossenes, zukunftsweisendes Handeln sein sollte, zuwiderlaufen.¹⁾ Ebenso heißt das, die Erkenntnisse der Kommunikationsforschung über die Wirksamkeit der Zusammenarbeit verschiedener Medien zur Intensivierung der informierenden und bildenden Werte einer Sendung (Medienverbund)²⁾ unbeachtet zu lassen. Daher wird jede Aktivität, die - wie die AV-Verwertung - der Vertiefung der Meinungsbildung dient, beim Fernsehen für zulässig gehalten.³⁾ Dies geschieht etwa beim ZDF durch die Veröffentlichung wertvoller Sendungen in Buchform. So gesehen, läßt es sich vertreten, in der AV-Verwertung eine durch die technische Entwicklung ermöglichte Art der Programmverbreitung⁴⁾ zu sehen.

Hier muß ein Mittelweg gegangen und im Medium elektro-magnetischer Wellen nicht ein Kriterium

1) Maunz, Gutachten, S. 2.

2) Vgl. dazu Kösel, Lexikon der audiovisuellen Bildungsmittel, S. 183 f.; Schreyer, ebenda, S. 280 f.; Holstein, Zur Medienabhängigkeit des Schulunterrichts, S. 9 ff., 236 ff.

3) Vgl. ZDF-Kassettenkommission, S. 21 m.w. Beispielen.

4) Theile, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 28.

gesehen werden, dessen Verletzung allein schon ein unzulässiges Überschreiten des Funktionsbereiches ist.¹⁾ Vielmehr ist es geboten, dieses Problem nach funktionalen Gesichtspunkten anzugehen und zu fragen, ob die durch dieses Medium primär begründete Sondersituation²⁾ des Rundfunkwesens eine Einbeziehung des AV-Mediums in den Rundfunkbegriff zuläßt.³⁾

Die Chance der meinungsbildenden Wirkung einer Sendung wird durch deren weitere allgemeine Nutzbarkeit vergrößert. Auch eine noch so eindrucksvolle, einmal ausgestrahlte Sendung wird früher oder später vergessen sein. Konserviert man aber diese Sendung als AV-Ware und vertreibt sie an einen breiten Abnehmerkreis, bleibt ihre meinungsbildende Wirkung bestehen. Dieser Sachverhalt läßt sich mit einer Rede vergleichen, die anschließend in Buchform veröffentlicht wird und so noch nach Jahren ihre Wirkung entfalten kann.

Bezogen allein auf diesen meinungsbildenden Aspekt, dient die AV-Verwertung der in Art 5 I GG geschützten Meinungsfreiheit und insofern steht auch die Sondersituation⁴⁾ des Rundfunks nicht im Wege.

1) In diesem Sinne wohl auch Seeger, DÖV 1972, S. 259 f., wenn er formuliert: "Was keinerlei Bezug zur Rundfunksendung hat, gehört nicht zum Funktionsbereich..."

2) S. o. S. 33 f.

3) Rehbindner, UFITA, 1972, Bd. 65, S. 122 f.

4) S. o. S. 33 f.

Einer AV-Verwertung könnte vielmehr die technische Komponente des Rundfunks entgegenstehen. Hierbei sind quantitative Merkmale zu beachten: Rundfunk muß stets primär 'Funk' sein; andere Formen der Programmverbreitung müssen quantitativ demgegenüber zurückstehen. Sonst könnte das Veranstaltungsmonopol für Rundfunksendungen - die wirtschaftliche Potenz der Rundfunkanstalten ließe dies befürchten - faktisch auch auf das audiovisuelle Medium ausgedehnt werden.¹⁾

Eine solche Befürchtung besteht aber nicht, wenn die Rundfunkanstalten sich auf eine audiovisuelle Verwertung bereits ausgestrahlter Sendungen beschränken.²⁾ Hierfür verwertbar sind allenfalls zehn Prozent des tatsächlichen Programms.³⁾

Dies ergibt sich aus der Tatsache, daß der Anteil von Sendungen des Fernsehprogramms maximal in dieser Höhe den Inhalten einer verwertbaren markt-

1) Die Zulässigkeit einer solchen Monopolsausweitung setzte neben anderem voraus, daß dies zwingend erforderlich wäre. Gründe dafür sind soweit nicht ersichtlich. Vgl. dazu allgemein Lerche, Rundfunkmonopol, S. 90 ff., 109.

2) Davon wird hier ausgegangen, s. o. S. 37 ff.

3) Wie dem Verfasser durch Mitarbeiter des ZDF und der ARD bekannt wurde.

gerechten AV-Ware entspricht.¹⁾

Es ist also nicht abzusehen, daß die Sendungen zum bloßen Nebenprodukt einer AV-Produktion werden. Dies wäre unzulässig. Umgekehrt ist aber zu sagen, daß die AV-Ware, solange sie ein reines Nebenprodukt der Sendungen ist, zwar nicht vom Rundfunkbegriff erfaßt wird, diese quantitativ relativ unbedeutende Überschreitung der Sendebezogenheit aber nicht als funktionswidriges und daher unzulässiges Handeln zu bemessen ist.

Diese Bewertung des Mediums elektro-magnetischer Wellen erklärt auch gewisse traditionell für zulässig gehaltene Handlungen der Rundfunkanstalten, wie etwa auf Film, Platte oder Band gespeicherte Sendungen öffentlich bzw. gemeinnützigen Unternehmen gegen Auslagenerstattung zur Verfügung zu stellen²⁾, oder Konzertreisen der Rundfunkorchester, ohne daß deren Aufführungen sendemäßig verwertet werden.³⁾

-
- 1) S. o. S. 25 f; zur Programmstruktur des ZDF's vgl. B. Frank und D. Schwarzenau, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 58 ff.
 - 2) Seeger, a.a.O., S. 266 f.; vgl. auch BVerfGE 31, 314 ff. (324).
 - 3) Maunz. Gutachten, S. 6..

2. Begrenzung durch die Rundfunkfreiheit

a) Positive Funktion der materiellen und formellen Rundfunkfreiheit

Die materielle Rundfunkfreiheit mit ihrem formellen Schutzbereich (formelle Rundfunkfreiheit) entfaltet zunächst positive Wirkungen. Alles, was ihren Wesensgehalt zuzurechnen ist, wird zugleich Inhalt des Funktionsbereiches.¹⁾ So ergibt sich ja die Zulässigkeit des Werbefernsehens daraus, daß es als institutionell-historischer Bestandteil des Rundfunkwesens²⁾ der formellen Rundfunkfreiheit und damit dem Funktionsbereich zuzurechnen³⁾ ist.

Eine AV-Verwertung gelangte in den Funktionsbereich, wenn sie durch die Rundfunkfreiheit materiell geschützt wäre: Es wurde bereits festgestellt, daß die AV-Verwertung nicht vom Rundfunkbegriff als solchem erfaßt ist. Die Rundfunkfreiheit als Instrumentalgrundrecht⁴⁾ nämlich der allgemeinen kommunikationsrechtlichen

-
- 1) Dabei bleibt die Möglichkeit des Gesetzgebers, durch (einfaches) Rundfunkrecht den Funktionsbereich einzuengen, etwa jegliche erwerbswirtschaftliche Betätigung ausdrücklich auszuschließen, hier unerörtert.
 - 2) Vgl. m.w.Nw. Lerche, Werbefernsehen, S. 17 ff.; dazu krit. Bachof, Verbot des Werbefernsehens durch Bundesgesetz, S. 31 ff.
 - 3) Vgl. Rehbinders, a.a.O., S. 127 f.
 - 4) S. o. S. 83 f.

Grundfreiheit, "seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Art 5 Abs 1 Satz 1 GG)", schützt nur Funktionen, die vom Begriff des Rundfunks erfaßt werden; damit kann die AV-Verwertung nicht vom Schutzbereich der Rundfunkfreiheit erfaßt sein.

Die Frage ist, ob nicht bereits durch eine mittelbare Förderung¹⁾ der Rundfunkfreiheit, oder weil etwas zu ihrer Verwirklichung zweckmäßig ist,²⁾ aus der materiellen Rundfunkfreiheit positive Bestimmungsmerkmale des Funktionsbereiches gewonnen werden können. Dies ist später näher zu behandeln.

b) Negative Begrenzung durch die materielle Rundfunkfreiheit

Neben der kurz dargestellten positiven Bedeutung ist es wesentliche Wirkung der Rundfunkfreiheit, alles, was sie gefährdet, als unzulässig aufzuzeigen und aus dem Funktionsbereich auszuschließen.³⁾ Dies ergibt sich aus der Erkenntnis, daß der Funktionsbereich der Verwirklichung und täglichen Aktualisierung der Rundfunkfreiheit dient. Zum gleichen

1) Vgl. Herrmann, AÖR 1965, Bd. 90, S. 286 ff. (312).

2) Vgl. Maunz, Gutachten, S. 6.

3) Vgl. Wufka, Rundfunkmonopol, S. 123; Seeger, a.a.O., S. 259 f.; Maunz, Gutachten, S. 6; Hertin, a.a.O., S. 100 ff.

Ergebnis gelangen die Autoren, die nicht wie hier den Aufgabenbereich vom Funktionsbereich trennen. Sie erachten alles das für unzulässig, was dem Anstaltszweck zuwiderläuft.¹⁾ Dieser Anstaltszweck, zu dessen Erreichung die rundfunkgesetzlichen Aufgaben normiert sind,²⁾ ist die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit; ergibt sich also aus der Verfassung³⁾ (Art 5 Abs 1 GG).

In der zum konkreten Thema vorliegenden Literatur wird hauptsächlich aus diesem Grunde die Unzulässigkeit einer AV-Verwertung angenommen.

Rehbinder sieht den Kerngehalt der materiellen Rundfunkfreiheit, die Programmgestaltungsfreiheit, gefährdet, da diese bei einer beabsichtigten AV-Verwertung von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängig wird.⁴⁾

1) Fröhler, Werbefernsehen und Pressefreiheit, S. 10; Herrmann, AÖR 1965, Bd. 90, S. 312 ff.; unklar Fuhr, epd 1972, Nr. 16, S. 3; allgemein vgl. Klein, Wettbewerbsteilnahme des Staates, S. 138; BGHZ 20, 119 (123); Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 482; Jecht, Die öffentliche Anstalt, S. 57 ff.

2) Klinger, a.a.O., S. 23

3) Seeger, a.a.O., S. 258

4) A.a.O., S. 135, 145.

Im gleichen Sinn äußert sich Seeger, der detaillierter die der Programmgestaltung zugrunde liegenden Leitgrundsätze, Sachlichkeit, inhaltliche Ausgewogenheit und gegenseitige Achtung durch das Nachfragediktat des AV-Marktes verletzt sieht. Je geringer der Anteil des Gebührenaufkommens zur Programmfinanzierung sei, desto größer werde die wirtschaftliche Abhängigkeit, so daß letztlich nicht das Interesse an einem ausgewogenen meinungsbildenden Programm, sondern an einem möglichst großen Gewinn überwiegt.¹⁾

aa) Gefährdung der Programmgestaltungsfreiheit

Fraglich ist, was Rehbinder nicht näher begründet, warum die Intention, konkrete Programme verwerten zu können, eine von marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten abhängige Programmgestaltung zur Folge hat.²⁾

1) Seeger, a.a.O., S. 263 ff.; bei der Frage einer auf die Koproduktion von Sendungen gerichteten Minderbeteiligung an Gesellschaften. Dieses Problem soll in diesem Zusammenhang erörtert werden, da Seeger diesen Sachverhalt als allgemeine Funktionsgrenze versteht und im Zusammenhang mit der AV-Verwertung nicht näher ausführt und eine solche Befürchtung genauso hier besteht. Im Anschluß an Seeger ohne neue Argumente Hertin, a.a.O., S. 100 ff.; vgl. auch Dünwald, NJW 1974, S. 23 mit Hinweis auf Seeger und Rehbinder.

2) Rehbinder, a.a.O., S. 135, 145.

Diese Meinung mag einmal darauf beruhen, daß das tatsächliche Verhalten der Rundfunkanstalten bei der Ausgestaltung des Programmes äußerst schwer zu ermitteln ist.¹⁾ Ein Beispiel dafür ist die Tatsache, daß Protokolle über Sitzungen der Rundfunkgremien nicht zugänglich sind.²⁾ Eine Ausnahme ist insofern der Bayerische Rundfunk, der öffentlich tagt. Diese Unsicherheit über den der Programmgestaltung zugrunde liegenden Mechanismus hat offenbar auch das BVerfG dazu bewogen, das Programm materiell an Leitgrundsätze zu binden, die lediglich ein "Mindestmaß"³⁾ an Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleisten.⁴⁾

Eine Begründung bzw. Widerlegung der Gefährdung der Rundfunkfreiheit durch gleichzeitig verfolgte kommerzielle Interessen fällt auch deshalb schwer, da - soweit ersichtlich - keine kommunikationswissenschaftlichen Ergebnisse zu dieser Frage vorliegen.

Eine Gefährdung der Programmgestaltungsfreiheit kann erst dann untersucht werden, wenn die Programmgestaltung erörtert ist.

1) Herzog, Rechtsgrundlagen u. öffentl. Auftrag des Fernsehens, S. 15.

2) Vgl. Starck, Zusammensetzung der Rundfunkgremien und Rundfunkfreiheit, S. 31.

3) BVerfGE 12, 205 ff. (263).

4) Dies macht gleichermaßen deutlich, wie vorsichtig das BVerfG eine gerichtliche Kontrolle konkreter Programmgestaltung gebrauchen würde; vgl. Herzog, a.a.O., S. 20.

Die Programmgestaltung des Rundfunks mit seinen pluralistischen Kontrollorganen und dem immer kunstvoller abgestimmten parteipolitischen Proporz¹⁾ bei der Wahl leitender Angestellter wird wesentlich durch Gruppen- und Ressortkompromisse beeinflusst.²⁾ Dies wird auch (indirekt) durch die sogenannte "Zweite Michelkommission" bestätigt; diese betrachtet den Rundfunk als eine "in ihrer Art einzigartige Institution der Gewaltenbalancierung nicht nur zwischen Staat und Gesellschaft, sondern auch zwischen den einzelnen Gruppierungen innerhalb der Gesellschaft als ein Faktor der Neutralisierung der in diesem Massenmedium einmündenden, divergierenden Richtungen und der Instituierung von Unabhängigkeiten."³⁾ Oft ist auch die Programmgestaltung von ganz handfesten parteipolitischen Auseinandersetzungen zumindest indirekt beeinflusst. Man denke dabei nur an die erbitternden Kämpfe um Inhalt und personelle Struktur der politischen Magazinsendungen.⁴⁾ Allge-

-
- 1) Vgl. dazu Sontheimer, Zum Problem der gesellschaftlichen Kontrolle des Rundfunks und seiner Organisation, S. 52 ff.; Starck, a.a.O., S. 21 ff., die insbes. die Verfassungswidrigkeit des immer größer werdenden Parteieinflusses aufzeigen.
 - 2) Haseloff, Über Wirkungen des Fernsehens, S. 9.
 - 3) Michelbericht II, S. 186
 - 4) Vgl. Helmut Löhlhöffel, Union will Rundfunk schärfer prüfen, SZ vom 16./17.8.1975, S. 5; Heiko Flotten, Osswald: Rundfunkfreiheit in Gefahr, SZ v. 8.8.1975, S. 5; vgl. insbes. Starck, a.a.O., S. 31 ff., der anhand anderer Vorkommnisse den Parteeinfluß auf Programmgestaltung und Personalfragen deutlich macht.

meines, der Programmgestaltung zugrunde liegendes Prinzip ist es, das Ergebnis divergierender Richtungen und Meinungen zu sein und auch der mehr oder minder konkreten Einflußnahme der Parteien zu unterliegen.

Dieses Prinzip bleibt gewiß genau so bestehen, wenn sich bei der Programmgestaltung konkret die Möglichkeit der kommerziellen Verwertbarkeit einzelner Sendungen eröffnet. Entscheidendes Motiv für die Programmgestaltung wird - berücksichtigt man den ihr zugrundeliegenden Mechanismus - letztlich nicht eine gewisse Verbesserungsmöglichkeit der Finanzlage der Rundfunkanstalten sein, sondern die interessensgemäße Umsetzung des Erkenntnisses von der außerordentlichen Bedeutung des Rundfunks als Instrument öffentlicher Meinungsbildung in konkrete Programme.¹⁾

Speziell im Fall der meinungsbildenden AV-Verwertung erscheint es unwahrscheinlich, daß alle, die Programmgestaltung beeinflussenden, verschiedenen Gruppen nunmehr die eigenen Interessen vergessen und gemeinsam ins Horn eines marktwirtschaftlich orientierten Programms blasen.

1) Sontheimer, a.a.O., S. 53.

bb) Gefährdung der Leitgrundsätze

Die Ansicht Seegers¹⁾, der eine Verletzung der Leitgrundsätze durch die auf Koproduktion von Sendungen gerichtete Beteiligung an Gesellschaften privater Kassettenhersteller²⁾ befürchtet, erscheint erst recht bei der allgemeinen Frage nach der AV-Verwertung von Bedeutung. Er fordert, daß bei der Programmgestaltung nicht nach Verkaufschancen, sondern nach einer Verwirklichung der Leitgrundsätze gefragt werden muß.³⁾ Dabei beruft er sich auf die Michelkommission, die feststellt, daß "die Rundfunkanstalten ihre besondere Legitimation und ihren öffentlichen Auftrag dem Anspruch entnehmen, politisch und kommerziell neutral zu sein. Ihr Verhalten bei der Wahl von Programmleistungen soll von kommerziellen Erwägungen unabhängig sein."⁴⁾

Obwohl eine AV-Verwertung keine wesentlichen Auswirkungen auf die Programmgestaltung haben wird, soll zwecks Auseinandersetzung mit der Meinung Seegers unterstellt werden, daß tatsächlich bei der konkreten Programmgestaltung (auch) die eventuellen Verkaufschancen als AV-Ware berücksichtigt werden.

1) S. o. S. 105

2) Dazu im einzelnen später.

3) Seeger, a.a.O., S. 255

4) Michelbericht I, S. 240

Auch ein gewisses Maß kommerzieller Hintergedanken braucht die Ausgewogenheit der Programmgestaltung nicht zu beeinträchtigen: Das BVerfG hat im Fernsehurteil¹⁾ keineswegs die bestehende öffentlich-rechtliche Rundfunkorganisation als die einzig denkbare bezeichnet, sondern unter Berücksichtigung der Wellenknappheit ausdrücklich auch die Möglichkeit privater Rundfunkträger anerkannt. Diese privaten Rundfunkträger müssen durch ihre Organisationsform lediglich gewährleisten, daß der Rundfunk und damit die Programmgestaltung weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppe in die Hand gegeben wird.

Nicht dagegen wird die den öffentlichen Rundfunkanstalten typische pluralistische Binnenstruktur verlangt.²⁾ Dies ergibt sich aus der Formulierung, daß zum Schutze der Rundfunkfreiheit nicht die in den Landesrundfunkgesetzen gefundene "Form" der Rundfunkanstalten gefordert sei. Unter Form versteht das Bundesverfassungsgericht hier die öffentlich-rechtliche Organisation mit der ihr eigenen pluralistischen Binnenstruktur, denn "insbesondere"³⁾ müssen die Veranstalter nicht Anstalten des öffentlichen Rechts sein.

1) BVerfG 12, 205 ff. (261).

2) Vgl. Lerche, Rundfunkmonopol, S. 47;
Sontheimer, a.a.O., S. 39.

3) BVerfG 12, 205 ff. (262).

Zwar hätte auch hier der Träger wiederum der Staat sein können, und eine Kommerzialisierung des Rundfunks wäre nicht erfolgt. Ihm steht es ja prinzipiell frei, öffentliche Aufgaben in der Rechtsform des Privatrechts zu erledigen.¹⁾ Andererseits ist aber dadurch ebenso die Möglichkeit eines kommerziellen Rundfunks, der von privaten Trägern betrieben würde, anerkannt;²⁾ vorausgesetzt natürlich, daß die Freiheit vor dem Staat bzw. einer gesellschaftlichen Gruppe gesichert ist.

Erachtet das BVerfG prinzipiell die kommerzielle Rundfunkveranstaltung für zulässig, so muß es auch grundsätzlich kommerzielle Interessen bei der Programmgestaltung nicht als Gefährdung der Leitgrundsätze sehen, solange nicht die oben aufgezeigten Sicherungen verletzt werden. Wann eine solche Gefährdung konkret anzunehmen ist, ergibt sich aus der Ablehnung der Klage der "Fernsehanstalt Berliner Tageszeitungen" durch das BVerwG.³⁾ Neben den nach wie vor gegebenen Gründen der Wellenkanppheit begründet das BVerwG die Ablehnung mit

-
- 1) Vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 2, 72, einschränkend S. 100; Wolff-Bachoff, Verwaltungsrecht I, S. 105 ff..
 - 2) Lerche, Rundfunkmonopol, S. 104; 107; vgl. allgemein Fragen des privaten Rundfunks: Lerche, a.a.O., S. 102 ff.; Scholz, JuS 1974, S. 299; Herzog, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art 5, Rdnr. 219 ff.
 - 3) BVerwG 39, 159 ff.

der Gefährdung der Rundfunkfreiheit durch die Kommerzialisierung. Danach ist die Programmgestaltungsfreiheit nicht mehr gewährleistet, wenn die "ausschließliche Finanzierung durch Werbesendungen ... die einseitige Beeinflussung der öffentlichen Meinung durch die werbenden Firmen ... zur Folge hat."¹⁾ Diese Gefahr zeigt sich bereits im Fall der hauptsächlich über Gebühren finanzierten Rundfunkanstalten.

Das ergibt sich aus dem Einfluß der Werbung auf das Werberahmenprogramm der Rundfunkanstalten.²⁾

Die Rundfunkanstalten und insbesondere das ZDF sind auf die Werbeeinnahmen zwar angewiesen. Das ZDF finanziert etwa 50% seines Budgets daraus. Aus dieser Notwendigkeit ergibt sich der Zwang, für hohe Einschaltquoten zu sorgen, was insbesondere durch ein Werberahmenprogramm geschieht, das auf die Sensationslust der Zuschauer abzielt.³⁾ Angesichts dessen spricht man mit Recht vom "Sündenfall der Werbung" in den öffentlich-rechtlichen Medien.⁴⁾

-
- 1) BVerwGE 39, 159 ff. (167); kritisch dazu Scholz, JuS 1974, S. 304 ff.
 - 2) Vgl. Die Rezession zwingt zum Nervenkitzel, Frankfurter Rundschau v. 21.5.1975, S. 6 zu entsprechenden Äußerungen des SWF-Direktors Dieter Stolte.
 - 3) Äußerungen von Stolte, a.a.O.
 - 4) Langenbacher, Rundfunkkontrolle und gesellschaftliche Relevanz, S. 100, FN 24.

Hier handelt es sich aber um eine mittelbare Programmbeeinflussung, die für zulässig zu erachten ist¹⁾, solange die Anstalten ihre Acquisition nicht mit Hilfe direkter Programmmzugeständnisse betreiben.²⁾

Einfluß auf die Programmgestaltung - und dadurch bedingt ein Verstoß gegen die Leitgrundsätze - hätten im Fall der "Fernsehanstalt Berliner Tageszeitungen" die einzelnen Kreise der Industrie, des Handels und des Gewerbes.³⁾ Diese Kreise muß man wegen ihrer unauf lösblichen Interessenverknüpfung einer Gruppe, nämlich der der Wirtschaft⁴⁾, zurechnen und käme so außerdem zu einer Verletzung des Grundprinzips des Art 5 I GG, der Freiheit des Rundfunks vor dem Staat bzw. einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe.⁵⁾

Ganz anders läge der Fall jedoch, berücksichtigte man tatsächlich ein "Nachfragediktat"⁶⁾ des AV-Absatz-

-
- 1) K. Schneider, Konzentrationsbestrebungen der Rundfunkanstalten, S. 67.
 - 2) Friccius, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 55. Zu den durch Werbesendungen auftretenden Problemen vgl. insbes. Klinger, Die Werbe- und Verlegetätigkeit des Bayerischen Rundfunks als Anstaltsfunktionale Aufgabenerfüllung S. 27 ff..
 - 3) BVerwGE 39, 159 ff. (167).
 - 4) Vgl. Sontheimer, a.a.O., der dazu Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Industrie und Handelskammer rechnet.
 - 5) BVerfGE 12, 205 ff. (262).
 - 6) Seeger, a.a.O., S. 265

marktes und die konkrete Kalkulation, einzelne Sendungen av-verwerten zu können.

Es besteht keinerlei Anlaß anzunehmen, der künftige AV-Markt würde von einer Käufergruppierung diktiert. Vielmehr ist davon auszugehen, daß er in der Struktur der Konsumenten letztlich dem bestehenden Fernsehmarkt entsprechen wird.¹⁾ Über 90 Prozent der privaten Haushalte in der Bundesrepublik besitzen mittlerweile ein Fernsehgerät.²⁾ Infolgedessen ist eine signifikante strukturelle Abweichung bestimmter Gruppen nicht feststellbar, der Fernsehmarkt also pluralistisch aufgebaut. Setzt man - wie hier- voraus³⁾, daß nach einer Verbreitung des AV-Mediums auch dieser Markt dem Fernsehmarkt gleichen wird, also ähnlich pluralistisch aufgebaut sein wird, kann von einer Beeinflussung bzw. Abhängigkeit von einer Gruppe nicht gesprochen werden. Eine Gefährdung der Leitgrundsätze wäre also durch das "Nachfrage-diktat" des AV-Absatzmarktes nicht gegeben.

-
- 1) S. o. S.24f; vgl. auch Olzog, Börsenblatt für den Deutschen Buchhandel, Nr. 69 v. 31.8.1973, S. 4, der von einer "nicht umgrenzbaren Zielgruppe" spricht; Prognosstudie, S. 7 ff..
 - 2) Nähere Angaben dazu in Media Perspektiven, Daten zur Media Situation in der Bundesrepublik, Sonderdruck vom 1.8.1975, S. 1, 16.
 - 3) S. o. S.25.

cc) Nützliche Folgen der Nachfrage nach AV-Ware

Diese Nachfrage des pluralistischen Marktes und ihre Berücksichtigung könnte sogar von Vorteil für die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit sein.

Seit einem Dutzend Jahren lassen die Rundfunkanstalten über Meinungsforschungsinstitute die Einschaltquoten konkreter Sendungen und deren schematische Bewertung durch Index-Werte auf einer Skala, von 1 bis 6, erfragen. Neuerdings bedient man sich eines automatischen Systems des "Teleskomat"¹⁾, der zwar differenziertere Werte - etwa hinsichtlich der klaren Struktur der Zuschauer - liefert, jedoch keine speziellen Bewertungen bzw. Programmwünsche erkennen läßt. Die gewonnenen Erkenntnisse etwa über die allgemeine Beliebtheit von Sendungen werden auch von den Rundfunkanstalten etwa durch Wiederholungen oder die Produktion von ähnlichen Sendungen berücksichtigt.

Es fragt sich aber, ob die gewonnenen Erkenntnisse richtig umgesetzt werden. Wie sich aus der konkreten Programmgestaltung leider ergibt, wird von den Rundfunkanstalten die Masse der Fernsehteilnehmer so beurteilt, als habe sie keine Bewertungsfunktionen, sondern fordere lediglich entlastende Unterhaltung.²⁾

1) Vgl. Saur, Ein grauer Kasten stiftet Verwirrung, SZ, Nr. 177 v. 5.8.1975, S. 3.

2) Haseloff, a.a.O., S. 14 ff.

Wegen der Ungenauigkeit des Meßverfahrens¹⁾ und der Tatsache, daß nur ein verschwindend geringer Zuschauerteil befragt wird, ist alleinige und elementare Programmkontrolle²⁾ der Masse der Rezipienten das Ein- und Ausschalten des Empfangsgerätes bzw. die Wahl der Programme.

Kommt es dagegen zu einem "Nachfragediktat" aus dem pluralistischen AV-Markt, so kann dieser weit besser als transparente Form einer Programmkontrolle verstanden werden, die dem Erfordernis, daß im Rundfunk alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen³⁾, dient. Auch im Sinne der Demokratisierung der Information⁴⁾ wäre eine solche mittelbare Programmkontrolle der Zuschauer begrüßenswert. Denn es ist tatsächlich sehr zweifelhaft, ob die Binnenstruktur der Rundfunkanstalten wahrhaft pluralistisch ist und nicht vielmehr ein den Grundsätzen des Fernsehurteils nicht gerecht werdender überproportionaler Einfluß der Parteien und des Staates besteht.⁵⁾ So gesehen, gewinnt auch die po-

1) Saur, a.a.O., S. 3.

2) Langenbucher, a.a.O., S. 87.

3) BVerfGE 12, 205 ff. (262).

4) Jungk, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 42.

5) In diesem Sinne ausführlich: Starck, a.a.O., Bd. 5, S. 15 f.; Sontheimer, a.a.O., S. 53 ff.; Meyn, Gefahren für die Freiheit von Rundfunk und Fernsehen, S. 257 ff.; Langenbucher, a.a.O., S. 85 f., 91 f.; u.a.m.

lemische Behauptung, die Rundfunkanstalten seien "zu lange schon, statt zum Ausdruck der Massen, zum Sprachrohr ihrer Beherrscher geworden"¹⁾, an Bedeutung.

Eine Gefährdung der materiellen Rundfunkfreiheit durch eine AV-Verwertung einzelner Sendungen kann nach allem nicht gesehen werden.

3. Begrenzung durch die formelle Rundfunkfreiheit

Der Inhalt der formellen Rundfunkfreiheit, die allgemein als der Inbegriff der Normen bezeichnet wird, die die Binnenstruktur der Rundfunkanstalten in ihrer Existenz, Unabhängigkeit und pluralistischen Struktur sichern²⁾, wurde bereits als eine Grundlage des Funktionsbereiches dargestellt.

Die Rundfunkfreiheit zu sichern, ist primär ein Organisationsproblem³⁾, wie ja generell der Zweck jeder Organisation der Schutz der Entfaltung eines bestimmten Rechtsgutes ist.⁴⁾ So muß auch die institutionell gesicherte Rundfunkorganisation, um die es hier geht, der Verwirklichung der Rundfunkfreiheit dienen.⁵⁾

1) Jungk, a.a.O., S. 43.

2) Lerche, Werbefernsehen, S. 4.

3) Starck, a.a.O., S. 18.

4) Wufka, Grundlagen der Rundfunkfreiheit, S. 81.

5) Starck, a.a.O., S. 18.

Für die Umgrenzung des Funktionsbereiches, dem verfassungsrechtlich vorgegebenen¹⁾ Bereich der den Rundfunkanstalten möglichen Handlungen, ist ein Messen an der formellen Freiheit unerlässlich. Auch wenn eine Gefährdung der materiellen Rundfunkfreiheit nicht gesehen wurde, muß beachtet werden, daß auf dem Umweg über Änderungen der Binnenstruktur sich mögliche Eingriffe in die Rundfunkfreiheit sicher erheblich diskreter und nicht weniger effizient bewerkstelligen lassen²⁾, nachdem kaum anzunehmen ist, daß der materielle Kern der Rundfunkfreiheit direkt und bewußt beeinträchtigt wird.³⁾

Aus der Sicht der negativen Begrenzungsfunktion ist zu prüfen, ob die AV-Verwertung die formelle Rundfunkfreiheit gefährdet und somit unzulässig ist:

Bei der Behandlung einer möglichen Gefährdung der materiellen Rundfunkfreiheit ergab sich, daß eine AV-Verwertung nicht zu einer Einflußnahme des Staates bzw. einer gesellschaftlichen Gruppe führt.⁴⁾

Auch eine relevante Gefährdung des Rundfunkbegriffs wurde bei der hier angenommenen, nicht besonders

1) S. o. S. 93 f.

2) Wufka, a.a.O., S. 80.

3) Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 244: "Kaum je wird ein Gesetzgeber einen unmittelbaren Stoß in das Herz eines Grundrechts führen."

4) S. o. S. 105 f.

umfangreich möglichen AV-Verwertung nach funktioneller Betrachtungsweise¹⁾ abgelehnt. Die vom formellen Schutz ebenfalls erfaßte öffentliche Aufgabe, eine plurale und neutrale Meinungsbildung zu vermitteln, wird durch eine AV-Verwertung der konkreten Sendung nicht gefährdet, sondern eher gefördert. Ebenso wurde festgestellt, daß die öffentlich-rechtliche Organisationsform der Rundfunkanstalten einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht schlechthin entgegensteht.²⁾

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß eine AV-Verwertung zwar der verfassungsrechtlichen Grundlage des Funktionsbereiches nicht zuwiderläuft, andererseits sich aber bisher auch keine Gründe ergeben, sie in den Funktionsbereich einzubeziehen.

4. Begrenzung durch den Aufgabenbereich

Unter dem Gesichtspunkt der negativen Begrenzung des Funktionsbereiches verbleibt noch zu prüfen, ob der durch einfaches Rundfunkrecht³⁾ normierte Aufgabenbereich dem entgegensteht.⁴⁾ Als Daseinszweck, zu dessen Erfüllung die Anstalten berechtigt und ver-

1) S. o. S. 96 ff.

2) S. o. S. 58 ff.

3) Lerche, Werbefernsehen, S. 18.

4) Ulrich-Thomsen, DÖV 1962, S. 247.

pflichtet sind¹⁾, und Zielobjekt aller verfassungsrechtlich vorgefilterten Maßnahmen des Funktionsbereiches, bildet er eine weitere Grenze. Allerdings ist seine negative Wirkung im Falle der Frage nach einer AV-Verwertung relativ unbedeutend.

Durch Art 5 I GG war den zuständigen Gesetzgebern die Sicherung der Rundfunkfreiheit aufgegeben.²⁾

Dabei stellt der von Art 5 I GG geschützte Bereich das Minimum dar, das unter anderem durch eine entsprechende Normierung des Aufgabenbereiches zu konkretisieren und zu schützen ist. Dem Gesetzgeber blieb freigestellt, die Aufgabenerfüllung zu erleichtern; dies hätte etwa durch die ausdrückliche Gestattung der kommerziellen Verwertbarkeit von Sendungen geschehen können.³⁾ Es fragt sich, ob der Aufgabenbereich, der eine Verwertbarkeit nicht vorsieht, deshalb die AV-Verwertung ausschließt.

Im Aufgabenbereich wird mit der Programmausstrahlung der Teilbereich normiert, der den Rundfunkanstalten spezifisch ist⁴⁾ und auch als deren Pflichtaufgabe⁵⁾ bezeichnet werden kann. Keineswegs erfolgt aber dadurch zugleich eine erschöpfende

1) BVerfGE 12, 205 ff. (203).

2) Bgl. Wufka, a.a.O., S. 122 am Beispiel des Werbefernsehens.

3) S. o. S. 54, wonach die AV-Verwertung gemessen am Aufgabenbereich als "selbständige fiskalische Tätigkeit" erscheint.

4) Maunz, Gutachten, S. 1.

5) S. o. S. 43 FN 2

Festlegung aller rechtlich gestatteten Betätigungen.¹⁾
Die Art und Weise der Aufgabenerfüllung ergibt sich aus dem Funktionsbereich und ist in Form des Selbstverwaltungsrechts aus verfassungsrechtlichen Gründen den Rundfunkanstalten freigestellt.

Solange also die AV-Verwertung nicht in die Erfüllung der Hauptaufgabe eingreift, ist sie zulässig.²⁾
Diese Hauptaufgabe wird nicht beeinträchtigt, wenn man sich - wie hier vorausgesetzt - darauf beschränkt, bereits ausgestrahlte Programme zu verwerten.

Eine Gefährdung dieses verfassungsrechtlichen Zwecks des Aufgabenbereiches, der ja wie der Funktionsbereich der Verwirklichung der Rundfunkfreiheit dient, ist durch die AV-Verwertung ebenfalls nicht anzunehmen, da keine Beeinträchtigung seiner verfassungsrechtlichen Grundlage³⁾ der materiellen und institutionellen Rundfunkfreiheit gegeben ist.

1) Maunz, a.a.O., S. 1.

2) Vgl. Jecht, a.a.O., S. 60.

3) S. o. S. 91 ff.

V. KAPITEL

Die positive Bestimmung des Funktionsbereiches

Bisher ist anhand der Grenzen des Funktionsbereiches erkannt worden, daß keine von ihnen durch eine AV-Verwertung verletzt wird. Das Erfordernis der materiellen Begrenzbarkeit öffentlicher Verwaltung¹⁾ verlangt es aber auch, nach positiven Kriterien zu suchen, die gegebenenfalls eine Einbeziehung der AV-Verwertung in den Funktionsbereich rechtfertigen.

Hierbei kommt man zu unterschiedlichen Ergebnissen, berücksichtigt man die in der Literatur ersichtlichen Kriterien. Einmal fordert man, daß die konkrete Maßnahme aus der Sachaufgabe Rundfunk ableitbar ist und ihr unmittelbar dient²⁾. Zu anderen Ergebnissen kommt man sicherlich, hält man auch das, was der Erfüllung der Hauptaufgabe mittelbar dient, für funktionsgemäß und zulässig.³⁾ Dies ließe sich bei einer AV-Verwertung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten und der meinungsintensivierenden Wirkung möglicherweise bejahen. Ein breites Spek-

1) Vgl. Jeht, die öffentliche Anstalt, S. 58;
E. Becker, Morstein-Marx, S. 187, 210 ff.

2) Wufka, Grundlagen der Rundfunkfreiheit, S. 122 f.

3) Vgl. Herrmann, AÖR 1965, Bd. 10, S. 314.

trum von funktionsgemäßen Handlungen eröffnet sich, ordnet man alle Tätigkeiten, die nötig oder zweckmäßig sind, den Hauptzweck der Rundfunkanstalten zu erfüllen, dem Funktionsbereich zu.¹⁾ Hier läge es nahe, aus Zweckmäßigkeitsgründen eine AV-Verwertung für zulässig zu halten.

1. Keine Funktionsausweitung durch Selbstverwaltungsrecht und Autonomie

Bei der Frage, ob die AV-Verwertung dem Funktionsbereich zuzuordnen ist, muß zunächst von der Organisationsform des Rundfunks als öffentlich-rechtliche Anstalt mit Selbstverwaltungsrecht ausgegangen werden.

Das eingeräumte Selbstverwaltungsrecht ermöglicht den Rundfunkanstalten nur Maßnahmen, die zulässig und funktionsgemäß sind, zu ergreifen; nicht dagegen den Funktionsbereich zu erweitern.

Das Selbstverwaltungsrecht dient der Effektivierung des gesetzlichen Aufgabenbereiches²⁾ und kann dafür im Falle der Rundfunkanstalten - nach der hier vertretenen Ansicht - aus dem Reservoir der im Rahmen

1) Maunz, Gutachten, S. 6.

2) Vgl. u.a., m.w.Nw. Fuhr, epd 1972, Nr. 16, S. 3; Fröhler, Werbefernsehen u. Pressefreiheit, S. 10; Seeger, DÖV 1972, S. 259; Leisner, Werbefernsehen u. öffentl. Recht, S. 65 f..

des Funktionsbereiches bereits vorhandenen zulässigen Maßnahmen schöpfen.

Ebensowenig können die Rundfunkanstalten aufgrund ihrer Autonomie¹⁾ mittels Satzungsänderungen ihren Funktionsbereich erweitern. Satzungsrecht kann das Gesetzesrecht des Funktionsbereiches nicht ändern. Die Autonomie der Rundfunkanstalten ermöglicht eine Ausnutzung des Funktionsbereiches, nicht hingegen ist sie Grundlage für seine Ausweitung.²⁾

2. Bestimmung durch Aufgabenbereich und Rundfunkfreiheit

Die prinzipielle Vereinbarkeit einer erwerbswirtschaftlichen AV-Verwertung mit der Organisationsform der Rundfunkanstalten wurde bereits bejaht.³⁾ Um festzustellen, ob sie auch funktionsgemäß ist, muß man den unbestimmten Gesetzesbegriff "Funktionsbereich" auslegen. Seine verfassungsrechtliche Wurzel liegt in Art 5 Abs 1 GG, sein unterverfassungsrechtliches Bezugsobjekt ist der Aufgabenbereich der Rundfunkanstalten.⁴⁾ Bildlich kann man den Funk-

1) Zum Autonomiebegriff vgl. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 479 ff.

2) Vgl. m.w.Nw. Leisner, a.a.O., S. 66 f.; Seeger, DÖV 1972, S. 259; Reh binder, UFITA 1972, Bd. 65, S. 125.

3) S. o. S. 58 ff.

4) S. o. S. 94

tionsbereich als das zwischen den verfassungsrechtlichen und unterverfassungsrechtlichen Polen aufgebaute Spannungsfeld bezeichnen. Daraus ergibt sich einmal, den Aufgabenbereich als Auslegungsbehelf heranzuziehen, wodurch jedoch nur Ergebnisse für die ganz konkreten Aufgaben erzielt werden können und nicht für alle den Rundfunkanstalten möglichen Maßnahmen.¹⁾ Zum anderen muß, um den Funktionsbereich positiv zu bestimmen, ergänzend stets sein verfassungsrechtlicher Zweck - die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit - Auslegungsregel²⁾ herangezogen werden. Wenn also die fragliche Maßnahme nicht schon direkt dem Aufgabenbereich und somit der Rundfunkfreiheit dient, ist sie auch dann funktionsgemäß - natürlich innerhalb der aufgezeigten Grenzen -, wenn ein ausreichender Bezug zur Verwirklichung der Rundfunkfreiheit besteht.

a) Funktionsbereichbestimmung mittels "Sachzusammenhang"

Da die AV-Verwertung weder von der Rundfunkfreiheit direkt erfaßt³⁾ noch im Aufgabenbereich normiert

1) Maunz, Gutachten, S. 1.

2) Vgl. allgemein Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 62 f.

3) S. o. S. 102 f.

ist, müssen Kriterien gesucht werden, die eventuell ihre Funktionsgemäßheit deutlich werden lassen.

Brauchbare Ergebnisse könnte hier der Begriff des Sachzusammenhangs liefern.

Die Lehre vom Sachzusammenhang, die vornehmlich der Abgrenzung von Bund- und Länderkompetenzen dient¹⁾, ist ebenso für die Kompetenzauslegung im Bereich der Verwaltung anzuwenden.²⁾ Dies scheint insbesondere angebracht, wenn - wie hier - der Bereich der Maßnahmen, die der Aufgabenerfüllung dienen, durch den Funktionsbereich nur unscharf³⁾, primär negativ, abgegrenzt ist.

Eine Maßnahme wird dann als mit der ausdrücklich zugewiesenen Hauptaufgabe in Sachzusammenhang stehend und daher als zulässig erachtet, wenn sie eine unerläßliche Voraussetzung⁴⁾ ihrer Erfüllung ist. Das Merkmal der Unerläßlichkeit hat aber inzwischen eine Abschwächung zum weiteren Kriterium der Notwendigkeit⁵⁾ erfahren. Alle notwendigen Vor-

1) Vgl. Bullinger, AÖR, Bd. 96 (1971), S. 237 ff..

2) Köttgen, AÖR, Bd. 90 (1965), S. 227 m. Hinw. auf BVerfGE 11, 6; Maunz, Gutachten, S. 3.

3) Maunz, a.a.O., S. 3.

4) BVerfGE 3, 407 ff. (421).

5) Vgl. Bullinger, a.a.O., S. 242, m. Hinw. auf BVerfGE 4, 74 ff. (84); vgl. auch Def. von Hamann-Lenz, GG, Art 30 Rdn. B 6, ... "Hauptaufgabe nur sinnvoll erfüllt werden kann, wenn auch zugleich der andere Bereich erfüllt wird."

aussetzungen zur Erfüllung des Aufgabenbereiches der Rundfunkanstalten bzw. zur Verwirklichung der Rundfunkfreiheit, seinem verfassungsrechtlichen Zweck, sind unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs als sogenannte "implizierte Tätigkeiten"¹⁾ dem Funktionsbereich beizuordnen. Bezogen auf den Aufgabenbereich²⁾ - zusammengefaßt: die sendemäßige Programmverbreitung - mag eine AV-Verwertung aus wirtschaftlichen Gründen zweckmäßig sein. Keinesfalls ist sie aber notwendige Voraussetzung der Aufgabenerfüllung.³⁾ Ebenso wenig ergeben sich Anhaltspunkte, in der AV-Verwertung eine notwendige Voraussetzung einer pluralen, neutralen Meinungsbildung durch den Rundfunk, also des verfassungsmäßigen Zweckes, zu sehen. Dieser kann aufgrund der technischen Perfektion des Sendesystems überall und ungehindert erfüllt werden und bedarf keines neuen Mediums.

Aus dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhanges, aus dem keine neue selbständige Zuständigkeit hergeleitet werden kann⁴⁾, ergibt sich also die Zulässigkeit der AV-Verwertung nicht. Dahingegen wird aus diesem Gesichtspunkt die Funktionsgemäßheit und damit die

1) Maunz, a.a.O., S. 3.

2) S. o. S. 46

3) S. o. S. 50 f.

4) Vgl., m.w.Nw. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art 30, Rdn. 15, Art 70, Rdn. 31; Hartmann-Lenz, GG, Art 30, Rdn. B 6.

materielle Zulässigkeit anderer Maßnahmen der Rundfunkanstalten, z.B. der Bau von Fernsehateliers oder die Programmbeschaffung auch aus dem Ausland etc., deutlich.

Ebenso tritt aus diesem Gesichtspunkt und innerhalb der aufgezeigten Grenzen die Legitimierung der bei Behandlung des Aufgabenbereiches erörterten "abhängig fiskalischen Tätigkeiten" ein. Dies ergibt sich aus der bei den Rundfunkanstalten angebrachten grundsätzlichen Trennung von Aufgaben- und Funktionsbereich.

b) Funktionsbereichbestimmung durch die Lehre von den Annexkompetenzen

Die "Annexkompetenz" als Sonderfall der Zuständigkeit kraft Sachzusammenhang¹⁾ bietet sich als weiteres Bestimmungsmerkmal an. Wie beim Sachzusammenhang dient sie nicht der Schaffung neuer Kompetenzen, sondern dehnt eine ausdrücklich zugeteilte Kompetenz auf Maßnahmen aus, die der Vorbereitung, Durchführung²⁾ und Sicherung³⁾ der zugeteilten Aufgabe dienen. Bei der Bestimmung des Funktionsbereichs von Anstalten des öffentlichen Rechts begegnet sich die Lehre von

1) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 97; Achterberg, DÖV 1966, S. 695 ff..

2) Achterberg, a.a.O., S. 697; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art 70, Rdn. 32.

3) Maunz, Gutachten, S. 3. im Fall der Rundfunkanstalten.

den Annexzuständigkeiten mit der Auslegung nach dem Sinnzusammenhang.¹⁾ Nach einer Auslegung der Kompetenznorm ist zu prüfen, ob die jeweiligen Tätigkeiten dem durch die Auslegung festgestellten Norminhalt dienen und aus dem Gesichtspunkt der Annexkompetenz zulässig sind.

Im speziellen Fall heißt das, einmal den Aufgabenbereich, zum anderen die Rundfunkfreiheit zu berücksichtigen.²⁾ Eine weitere Grenze für Annexkompetenzen liegt in möglicherweise entgegenstehenden ausdrücklichen Kompetenznormen anderer Verwaltungsträger.³⁾

Bei Anwendung der Auslegungsregeln⁴⁾ stellt sich zunächst die Frage, ob hier eine extensive oder restriktive Auslegung erfolgen muß. Bei Betrachtung der

1) Ders., a.a.O., S. 10; Achterberg, a.a.O., S. 697 f.

2) S. o. die bereits erarbeiteten Funktionsgrenzen S. 95 ff.; relevante Verletzung des Rundfunkbegriffes, Gefährdung der materiellen bzw. formellen Rundfunkfreiheit, Schädigung des Aufgabenbereiches, Verletzung anstaltsrechtlicher Grundsätze.

3) Achterberg, a.a.O., S. 697; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art 70 Rdn. 32 (behandelt Gesetzgebungszuständigkeit und spricht insofern entsprechend von Verfassungsvorschriften). Bei der speziellen Frage nach der AV-Verwertung ist dies nicht weiter zu verfolgen, da keine Kompetenznormen gegeben.

4) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 233 ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 85 ff.

Kompetenznormen der Rundfunkanstalten ist die rasante technische Entwicklung auf dem Medienbereich und die gegenüber den anderen Medien überragende Bedeutung¹⁾ des Fernsehens zu beachten. Eine restriktive Auslegung, also die Beschränkung der Kompetenznormen auf den "Vorstellungskern"²⁾, würde den Funktionsbereich der Rundfunkanstalten auf den Nullpunkt ihrer Entstehung zurückdrehen³⁾ und insbesondere das gewachsene Verhältnis zu den anderen Massenmedien⁴⁾, so der Presse, empfindlich stören. Dieses Verhältnis ergibt sich insbesondere aus den⁵⁾ Nutzungsgewohnheiten der Rezipienten von Rundfunk und Presse. Wegen des unbestreitbaren Aktualitätsvorsprungs des Rundfunks wird die Tagespresse überwiegend als nachfolgende Informationsquelle benutzt und ist in dieser Ergänzungsfunktion marktbeherrschend, während die Erstinformation durch den Rundfunk erfolgt.⁶⁾ Eine Auslegung sollte berücksichtigen, daß diese Erst-

1) Vgl. Viggo Graf Blücher, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 5 ff..

2) Larenz, a.a.O., S. 258

3) Maunz, Gutachten, S. 3.

4) Vgl. dazu Graf Blücher, a.a.O., S. 5 ff..

5) Klaus Schneider, Konzentrationsbestrebungen, S. 54; allgemein zum Verhältnis Presse und Rundfunk vgl. u.a. Schneider a.a.O., S. 53 ff.; Renowski, in: Das Zusammenwirken der Massenmedien aus der Sicht der Presse S. 1 ff.; Lehr, in: Das Zusammenwirken der Massenmedien S. 35 ff.; Wilkens, Presse und Fernsehen S. 24 ff.; Lerche, Pressekonzentration, S. 52 f.

6) Michelbericht I, S. 138 ff.; Wilkens, a.a.O., S. 24 f.

information nur erfolgen kann, wenn die Rundfunkanstalten sich der technischen Neuerungen auf ihrem medialen Bereich bedienen können. Ebenso wie sich die Presse sämtlicher technischer Fortschritte der Drucktechnik bedient, muß dies den Rundfunkanstalten auf dem Gebiet des "Rundfunks" möglich sein.

Insofern ist eine extensive Auslegung angebracht¹⁾, die allerdings z.B. wegen der ebenfalls in Art 5 Abs 1 GG institutionell geschützten Presse Beschränkungen unterliegt.²⁾

Der vom Gesetzgeber klar formulierte und wegen der Instrumentalrolle des Rundfunks im Verhältnis zu den anderen in Art 5 Abs 1 GG geschützten Medien erkennbare Gesetzeszweck war es, die Rundfunkanstalten hinsichtlich der Aufgaben, zu deren Durchführung sie verpflichtet sind, an das Funkmedium zu binden.³⁾ An dem u. a. so gewonnenen möglichen Wortsinn findet die Auslegung ihre Grenze.⁴⁾ Daher scheitert an dem

1) Maunz, a. a. O., S. 3; allgemein dazu Larenz, Methodenlehre S. 259 ff.

2) Vgl. dazu m. w. Nw., Leisner a. a. O., S. 212 ff.; Krause-Ablas, Der Grundsatz der "publizistischen Gewaltenteilung". S. 2 ff.; Fröhler, Werbefernsehen und Pressefreiheit, S. 18 ff. u. a. m.; zur Beschränkung durch den Schutz des Mediums Film vgl. Michel Bericht, in: Rundfunkanstalten und Tageszeitungen Bd. 5, Mainz 1970, S. 201 ff.

3) S. o. S. 44 ff; vgl. Lerche Rundfunkmonopol S. 14 ff.; Leisner a. a. O., S. 56 f.

4) Larenz, a. a. O., S. 243 ff., 258 ff. m. w. Nw.

Gebot der sendemäßigen Programmverbreitung jeder Versuch, etwa die AV-Verwertung, die dieser Komponente gänzlich entbehrt, durch weite Auslegung selbst in den Aufgabenbereich einzubeziehen. Dahingegen öffnet die weite Auslegung, allein von der Programmverbreitung gesehen, den Weg zu neuen Übertragungstechniken, wie dem "Kabelfernsehen"¹⁾ oder dem "Satellitenfunk"²⁾, wo die Sendebezogenheit vorliegt.

Die daran anschließende Frage, ob die AV-Verwertung eine vorbereitende, durchführende oder sichernde Maßnahme ist, muß entsprechend dem oben Gesagten ebenfalls weit ausgelegt werden. In der AV-Verwertung einen zulässigen Annex zu sehen, scheitert einmal daran, daß unter ihr nur die nachträgliche Verwertung von Sendungen³⁾ verstanden werden kann. Konkret beginnt sie erst, wenn bereits die gesamte Prozedur der das Programm vorbereitenden, durchführenden Maßnahmen abgelaufen ist, deren Zulässigkeit sich aus dem Gesichtspunkt der Annexkompetenzen ergeben kann.

Abzuwägen ist allerdings hier, ob sie als eine die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit sichernde Maß-

1) Vgl. dazu Lerche, Rundfunkmonopol, S. 14 ff.

2) Vgl. dazu Friccius, Zukunftsperspektiven des Fernsehens, S. 52 ff.

3) S. o. S. 36 f.

nahme angesehen werden kann und insofern ein zulässiger Annex wäre. Aus der Tatsache, daß eine relativ unbedeutende kommerzielle AV-Verwertung nicht gefährdend wirkt und gewiß den Rundfunkanstalten finanzielle Vorteile gewährt,¹⁾ läßt sich aber nicht der Umkehrschluß ziehen, daß sie die Rundfunkfreiheit sichert. Dies hieße tatsächlich der Kommerzialisierung des Rundfunkwesens Tür und Tor öffnen, was unter den gegebenen Umständen mit der Rundfunkfreiheit unvereinbar wäre.²⁾

Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, daß als positive Auswirkung der AV-Verwertung ihr möglicher Beitrag zu einer Demokratisierung des Rundfunks, speziell der Programmgestaltung, angesehen wurde.³⁾ Dazu konnte man nur kommen, indem unterstellt wurde, daß ein tatsächlicher Einfluß überhaupt gegeben ist, was ja vorher abgelehnt wurde⁴⁾, so daß es nicht angängig ist, die AV-Verwertung insofern als eine, die Programmgestaltung und damit die Rundfunkfreiheit sichernde Maßnahme anzusehen.

1) S. o. S. 105 ff, 115f.

2) Vgl. u.a. Scholz, JuS 1974, S. 305; Rehbinder, UFITA 1972, Bd. 65, S. 135; Langenbucher, Rundfunkkontrolle und gesellschaftliche Relevanz, S. 83.

3) S. o. S. 115 f.

4) S. o. S. 108.

Die AV-Verwertung kann also nicht unter dem Gesichtspunkt der Annexkompetenzen in den Funktionsbereich einbezogen werden. Dahingegen erklärt sich so die Zulässigkeit anderer Tätigkeiten der Rundfunkanstalten wie Forschungsarbeiten über neue Programmverbreitungsformen, Konzertreisen von Rundfunkorchestern, Aufbau von Bibliotheken, die auch anstaltsfremden Personen offenstehen, Herausgabe von Lernmaterial zu "Telekollegsendungen" etc.¹⁾

3. AV-Verwertung als "Randnutzung" des Anstaltsvermögens

Von seiten der Rundfunkanstalten wird eine erwerbswirtschaftliche Verwertung der ausgestrahlten und nunmehr im Archiv lagernden Sendungen unter dem Gesichtspunkt der Randnutzung für zulässig gehalten.²⁾

Man sieht in ihr den Weg, um überhaupt die Tür zu einer Kassettenverwertung von Anstaltsmaterialien zu öffnen.³⁾ Gerade dies wird aber von der übrigen einschlägigen Literatur, aus noch zu behandelnden Gründen, bestritten.⁴⁾

1) Beispiele nach Maunz, Gutachten, S. 6 f.

2) Fuhr, a.a.O., S. 4; Herrmann, Funkkorrespondenz Nr. 2, 1971, S. 1 ff.; vgl. auch Interviews mit Helmut Hammerschmidt und Egon Wagner, in: TV-Courier 1973, Nr. 37 - 38, S. 3 ff.

3) Herrmann, a.a.O., S. 3.

4) Seeger, a.a.O., S. 260 ff.; Rehbinder, a.a.O., S. 125 ff.; ebenso, unter Berufung auf Rehbinder und Seeger, Dünwald, NJW 1974, S. 22 ff. (23); Hertin, UFITA 1973, Bd. 66, S. 100 ff.

a) Der Begriff der Randnutzung

Der Begriff "Randnutzung" kennzeichnet allgemein die erwerbswirtschaftliche Nutzung des sachlichen und persönlichen Betriebsvermögens von öffentlich-rechtlichen Anstalten¹⁾, Körperschaften etc. Er ist dem Gesetzgeber fremd und hat erst kürzlich Eingang in die Rechtsprechung gefunden.²⁾ Zur Kennzeichnung solcher Tätigkeiten bediente man sich verschiedener Ausdrücke wie "privatrechtliche Nebennutzung"³⁾, "akzidentielle Indienststellung von Verwaltungseinrichtungen"⁴⁾ oder bezeichnete sie als "Hilfs- und Nebentätigkeiten".⁵⁾ Der Begriff "Randnutzung" tauchte in der rundfunkrechtlichen Literatur bezüglich des Streites um das Werbefernsehen⁶⁾ auf und scheint

1) Leisner, a.a.O., S. 69.

2) Vgl. BGHZ v. 26.4.1974 = GRUR 1974, S. 786 ff. (787), wo der BGH - mit Hinweis auf Rehbinden - von der generellen Zulässigkeit einer Randnutzung ausgeht.

3) Jürgens, Verfassungsmäßige Grenzen der Wirtschaftswerbung, S. 133 f.

4) Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand, S. 200 f.

5) Forsthoff, DÖV 1957, S. 97 ff.; Jecht, a.a.O., S. 60.

6) Leisner, a.a.O., S. 69 ff.; Lerche, Werbefernsehen, S. 19 ff., 29.

sich inzwischen allgemein¹⁾ durchzusetzen.

Festzustellen ist, daß lediglich die Bezeichnung "Randnutzung" für die erwerbswirtschaftliche Nutzung von Verwaltungsvermögen neu ist. Der zugrunde liegende Sachverhalt ist, insbesondere dem Anstaltsrecht, geläufig und wird für zulässig gehalten. So ist es kaum fraglich, daß eine öffentlich-rechtliche Anstalt bei Erneuerung ihres Fahrzeugparkes die alten Fahrzeuge gegen Entgelt veräußern kann bzw. muß. Ebenfalls besteht kein Zweifel an der Zulässigkeit anderer vielzitiierter Anwendungsfälle von Randnutzung, wie die gewerbliche Ausnutzung freier Flächen zu Werbezwecken, sei es an Straßenbahnwagen oder Wänden in Postämtern²⁾ bzw. die Vermietung von Schulsälen für kulturelle Veranstaltungen.³⁾

1) So die in S. 135, FN 1-6 Genannten; außerdem: Maunz, Gutachten, S. 12; Emmerich, Der unlautere Wettbewerb der öffentlichen Hand, S. 55 ff.; Friccius, a.a.O., S. 48 f.; ZDF-Kassettenkommission, S. 21 f.

2) Schmidt-Tophoff, DÖV 1961, S. 493 ff.;
Leisner, a.a.O., S. 72.

3) Maunz, a.a.O., S. 4.

b) Inhalt der Randnutzung

aa) Randnutzung als Bestandteil des Funktions-
 bereiches

Es entspricht also einem allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz,¹⁾ daß die juristischen Personen des öffentlichen Rechts - und so im speziellen Fall die Rundfunkanstalten - zu einer wirtschaftlichen Ausnutzung ihres ansonsten brachliegenden Anstaltsvermögens befugt sind. Eine finanzstärkende Randnutzung ist, innerhalb der noch zu erarbeitenden Grenzen, im Einzelfall sogar geboten und gehört "strukturell zum Bestand des Rundfunkrechts wie allgemein des Anstaltsrechts."²⁾

Aus dieser generellen Zulässigkeit ergibt es sich, die Randnutzung von vornherein in den Funktionsbereich der Rundfunkanstalten einzubeziehen und nicht als etwas anzusehen, was außerhalb, aber an seinem Rand, angesiedelt ist.³⁾ Folge davon ist es, Tätig-

1) Friccius, a.a.O., S. 49.

2) Vgl. Lerche, Werbefernsehen, S. 19 ff. mit umfassenden w.Nw.; Jecht, a.a.O., S. 60; Maunz, a.a.O., S. 4, der sie dem Aufgabenbereich zuordnet; ebenso Forsthoff, DÖV 1957, S. 97 ff.; Püttner, a.a.O., S. 69 bezeichnet dieses allgemein als "Teil des Hauptbetriebes."

3) Vgl. dazu die krit. Bemerkungen von Seeger, a.a.O., S. 261.

keiten, die nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen, wie anstaltsrechtlichen, Gesichtspunkten als an sich zulässige Randnutzung erkannt sind, im speziellen Fall noch zusätzlich an den festgestellten Grenzen des Funktionsbereiches zu messen.

bb) Bestimmungsmerkmale der Randnutzung

Die Randnutzung ist generell in zwei Formen denkbar. Einmal als die Verwertung nicht mehr verwendbarer Teile des Anstaltsvermögens, z.B. dem Verkauf von Studiogeräten, die wegen der Umstellung auf das Farbfernsehen unbrauchbar geworden sind. Der zweite Anwendungsfall ist die wirtschaftliche Ausnutzung nicht ausgelasteter Kapazitäten¹⁾, etwa die zeitweise Vermietung von Fernsehstudios an private Filmproduzenten.

Dabei ergibt sich schon aus dem Wortsinn, daß diese Tätigkeiten nur "am Rande", auch gelegentlich oder akzidentiell bezeichnet, und nicht etwa im Rahmen der Ausübung des Hauptzweckes, also der konkreten Aufgabenerfüllung, vorgenommen werden können.²⁾ Die erste Grenze der Randnutzung und zugleich ein

1) Dazu m.w.Nw. Emmerich, a.a.O., S. 55 f.

2) Vgl. Leisner, a.a.O., S. 70 ff.; Lerche, a.a.O., S. 29; Schricker, a.a.O., S. 200 f.

Abgrenzungskriterium gegenüber der selbständigen fiskalischen Tätigkeit läßt sich daraus entnehmen. Die jeweilige Nutzung darf nicht qualitativ zu einer Gefährdung der Aufgabenerfüllung des Anstaltszweckes führen.¹⁾ Wird eine solche Tätigkeit zum Primär- bzw. Selbstzweck²⁾ der Rundfunkanstalten, kann sie wegen der qualitativen Gefährdung der Hauptaufgaben nicht mehr als zulässige Randnutzung angesehen werden.

Im Falle der AV-Verwertung wurde eine solche Gefährdung nicht angenommen. Bei der Frage, ob sie unter dem Gesichtspunkt der Randnutzung funktionsgemäß ist, müssen aber ebenso wesentlich quantitative Merkmale berücksichtigt werden.³⁾ Nur unscharf wird diese quantitative Begrenzung vorgenommen, schließt man die AV-Verwertung aus, weil sie gegebenenfalls "systematisch und in erheblichem Umfang"⁴⁾ erfolgt. Eine AV-Verwertung von Teilen des Anstaltsvermögens - hier des Archivs - würde und sollte systematisch erfolgen. Es läßt sich nämlich allgemein mit dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit⁵⁾

1) S. o. S.138 FN2; Maunz, Gutachten, S. 4.
ZDF-Kassettenkommission, S. 22 f.

2) Frickius, a.a.O., S. 50; ZDF-Kassettenkommission, S. 21 f.

3) Rehbinder, a.a.O., S. 131.

4) Michelbericht I, S. 234.

5) Dazu später ausführlich.

der Verwaltung nicht in Einklang bringen, nur eine solche Nutzung des Anstaltsvermögens zuzulassen, die eher zufällig als systematisch erfolgt. Wichtig erscheint lediglich, daß man als Randnutzung nicht mehr das ansehen kann, was in erheblichem Umfang erfolgt. Um dies zu erfahren, muß man im speziellen Fall das Volumen der AV-Verwertung in Beziehung zum Gesamtvolumen der Tätigkeiten der Rundfunkanstalten setzen. Kurz gesagt, kann dann nicht mehr vom zulässigen "Regieunternehmen"¹⁾ Randnutzung gesprochen werden, wenn es den Hauptbetrieb der Rundfunkanstalten nicht mehr bloß abrundet.²⁾

Um eine bloße Abrundung des Hauptbetriebes würde es sich nicht mehr handeln, wenn das von den Rundfunkanstalten erstellte Programm größtenteils verwertungsfähig wäre und eine Verwertung dieses überwiegenden Programnteils auch tatsächlich erfolgte. Es wurde aber bereits erkannt, daß der Umfang möglicher AV-Verwertung gemeinhin überschätzt wird. Da kein Einfluß auf die Programmgestaltung durch die AV-Verwertung zu befürchten ist, wird das Programm weiterhin nur in geringem Teil aus verwertungsfähigen Sendungen, also Ausbildungsprogrammen, Kinderprogrammen etc.³⁾ bestehen. Geht

1) Emmerich, a.a.O., S. 55; Rehbindner, a.a.O., S. 132.

2) Rehbindner, a.a.O., S. 132 f.

3) S. o. S. 26.

man also von einer etwa zehnprozentigen Verwertungsfähigkeit des Programmes aus, wird durch eine AV-Verwertung dieser Programmteile der Hauptbetrieb der Rundfunkanstalten bloß abgerundet. Es ist nicht ersichtlich, daß hier ein neuer Wirtschaftszweig erschlossen wird, der durch eine Monopolausweitung auch auf das AV-Medium ein im Sinne der Randnutzung untragbares Eigengewicht und zu hohen Grad der Verselbständlichung erhielte.¹⁾

Ein weiteres Kriterium zur Umgrenzung der Randnutzung ergibt sich aus der Überlegung, daß diese erwerbswirtschaftliche Verwertung in einem gewissen Bezug zu den das Anstaltsvermögen schaffenden und erhaltenden Tätigkeiten stehen muß.²⁾ Diese Relation wurde bisher nur negativ umrissen, nämlich daß keine qualitative oder quantitative Gefährdung des Anstaltszweckes und Betriebes geschehen darf. Sieht man in der Randnutzung eine Maßnahme, die innerhalb des Funktionsbereiches erfolgt,³⁾ muß aber auch eine faßbare Verknüpfung zu den anderen, in seinem Rahmen zulässigen, Handlungen bestehen.

Diese nötige Beziehung wird deutlich, grenzt man die Randnutzung von der selbständigen erwerbswirtschaft-

1) So aber Reh binder, a.a.O., S. 132 f., 137.

2) Maunz, Gutachten, S. 4

3) S. o., S. 137.

lichen Tätigkeit ab. Deren Zulässigkeit ist stets gesondert festzustellen, während die funktionsgemäße Randnutzung von selbst zulässig ist. Die Abgrenzung läßt sich zunächst dadurch erreichen, daß jede Tätigkeit, die das verwertende negative Spiegelbild der den konkreten Vermögensgegenstand schaffenden zulässigen Maßnahme ist, als Randnutzung und nicht als selbstständig, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit erscheint. Wird also eine Studioeinrichtung angeschafft, ist dies eine unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs zulässige funktionsgemäße Maßnahme,¹⁾ die auch als abhängige Hilfstätigkeit bezeichnet wird.²⁾ Der Verkauf der jetzt nicht mehr verwendungsfähigen Einrichtung ist das verwertende negative Spiegelbild oder, anders ausgedrückt, das "negative Gegenstück der ursprünglich positiv abhängigen fiskalischen Tätigkeit", - der Anschaffung -, eine "negativ fiskalische Tätigkeit."³⁾

Die Einbeziehung solcher Tätigkeit in den Funktionsbereich kann zunächst einmal aus sachlichen Gründen geboten sein. Der Kauf einer neuen Studioeinrichtung ist erst dann sinnvoll und möglich, wenn gewährleistet ist, daß die alte entfernt und veräußert wird.

1) S. o. S. 125 ff.

2) S. o. S. 48.

3) Rehbinder, a.a.O., S. 133.

Der nötige Zusammenhang negativ abhängiger erwerbswirtschaftlicher Tätigkeiten zum Funktionsbereich der Rundfunkanstalten, denen zwar grundsätzlich eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit untersagt ist,¹⁾ und ihre Kennzeichnung als Randnutzung, ist letztlich aber auch allein aus Gründen der Wirtschaftlichkeit herzustellen²⁾, wobei zu fragen ist, welches Wirtschaftlichkeitsprinzip die Randnutzung gebieten kann:

Man könnte geneigt sein, hierfür das Wirtschaftlichkeitsprinzip der Verwaltung heranzuziehen. Dieses verpflichtet die Verwaltungsträger, bei Erfüllung ihrer Aufgaben den geringstmöglichen Aufwand zu treiben³⁾ und beschränkt sich dabei auf solche Maßnahmen, die unbedingt erforderlich⁴⁾ sind. Dieser Wirtschaftlichkeitsbegriff entspricht dem allgemeinen, das gesamte öffentliche Haushaltsrecht beherrschenden Prinzip der Sparsamkeit, nämlich in den Haushaltsplan nur solche Mittel aufzunehmen, die zur Aufgabenerfüllung erforderlich sind.

Zum anderen versteht man unter Wirtschaftlichkeit eine Maxime der gewerblichen Wirtschaft. Es handelt sich dabei um einen Sonderfall der allgemeinen Rationalitätsmaxime, hier die Relation der Einnahmen

1) BGHZ v. 26.4.1974 = GRUR 1974, S. 786 (787).

2) Reh binder, a.a.O., S. 133 f.

3) Seeger, a.a.O., S. 261.

4) Leisner, a.a.O., S. 74; Wolff, Verwaltungsrecht III, S. 363.

zu den Ausgaben möglichst günstig zu gestalten. Im Fall der kommunalen Versorgungsbetriebe bedeutet dies, die Relation Leistung zu Kosten optimal herzustellen.¹⁾ Nur schlagworthaft kann man es mit dem Gewinnmaximierungsprinzip gleichsetzen,²⁾ also jedes erwerbswirtschaftliche Handeln auf die Erzielung eines möglichst hohen Gewinns gerichtet sehen.

Das Prinzip der wirtschaftlichen und sparsamen Aufgabenerfüllung ist in den Finanzordnungen der Rundfunkanstalten normiert.³⁾ Unmittelbar betrifft es lediglich die Art der Aufgabenerfüllung und kann nichts zur Qualifikation einer Handlung als Aufgabe aussagen.⁴⁾ Die Randnutzung, die ja mit der Aufgabenverfolgung direkt nichts zu tun hat, kann daraus nur mittelbar gefordert sein. Eine auf wirtschaftliche und sparsame Aufgabenerfüllung bedachte Rundfunkanstalt muß sich eben auch um eine entsprechende Verwertung des brachliegenden Verwaltungsvermögens bzw. um eine Ausnutzung freier Kapazitäten kümmern, um so die Kosten zu senken.

Die traditionell erwerbswirtschaftliche⁵⁾ - also auf

1) Vgl. dazu m.w.Nw. Bolsenkötter, Zum Begriff der Wirtschaftlichkeit, S. 15 ff.

2) So Seeger, a.a.O., S. 261.

3) Vgl. u.a. § 17 Finanz O-WDR; § 17 Vorl Finanz O-ZDF.

4) Vgl. Michelbericht I, S. 224.

5) Den erwerbswirtschaftlichen Charakter betonen alle hier bereits zitierten Autoren; ebenso BGHZ v. 26.4.1974 = GRUR 1974, S. 786 ff. (787).

Gewinnerzielung gerichtete - Randnutzung muß außerdem von dem dafür genau passenden Wirtschaftlichkeitsbegriff der gewerblichen Wirtschaft geboten sein. Es genügt also nicht, eine negativ abhängige fiskalische Tätigkeit allein dadurch in den Funktionsbereich einzubeziehen, weil dies allein mittelbar vom Wirtschaftlichkeitsprinzip der Verwaltung gefordert wird.

Eine so verstandene "konsequent wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie gerade dem deutschen Anstaltsrecht (normativ) geläufig ist, kann eine derartige finanzstärkende Randnutzung nicht nur zulassen, sondern im Einzelfall sogar gebieten..."¹⁾

cc) Die AV-Verwertung als zulässige Randnutzung

Eine negativ abhängige fiskalische Tätigkeit kann also entweder aus sachlichen Notwendigkeiten oder aus wirtschaftlichen Gründen zur zulässigen Randnutzung werden.

Wendet man diese Kriterien auf die AV-Verwertung an, so erscheint sie in Form der Randnutzung als zulässig: Die AV-Verwertung kann als das negative Spiegelbild bzw. die negativ abhängige fiskalische Tätigkeit der positiv abhängigen Tätigkeiten, deren Ergebnis die konkrete Sendung ist, angesehen werden. Es muß

1) Lerche, a.a.O., S. 19 mit umfassenden Nachweisen.

nämlich davon ausgegangen werden, daß die Programmgestaltung, trotz der Möglichkeit, einige Programmteile av-verwerten zu können, primär und unbeeinflußt¹⁾ auf die Erstellung von ausgewogenen meinungsbildenden Sendungen gerichtet ist. Die AV-Verwertung also nur eine sekundäre Rolle spielt und in geringem Umfange anfallen wird.

Fordert man, daß eine AV-Verwertung aus sachlichen Gründen notwendig ist, da weitere Sendungen erst dann produziert werden können, wenn die im Archiv lagern-den verwertet sind, ließe sich in der Tat nicht schon allein daraus in der AV-Verwertung eine zulässige Randnutzung sehen.²⁾ Eine solche sachbezogene Betrachtungsweise ist zwar bei der Frage einer rand-nutzenden Verwertung von Büromobiliar angebracht, nicht aber im speziellen Fall. Hier muß berücksichtigt werden, daß die einzelnen konkret verwertbaren Sendungen für die Rundfunkanstalten ein grundsätzlich nicht mehr sendbares³⁾, wenngleich potentiell meinungsbildendes Kapital sind. Eine Verwertung scheint unter dem Gesichtspunkt des Bildungsauftrages des Rundfunks geradezu geboten; das Einfrieren im Archiv ist sinnlos. Berücksichtigt man noch dazu die zu erwartenden positiven Wirkungen, die eine AV-Verwer-

1) S. o. S. 108.

2) So Reh binder, a.a.O., S. 133.

3) Natürlich werden gewisse Sendungen auch wiederholt.

tung für die Verwirklichung der Rundfunkfreiheit haben kann¹⁾, ist es angebracht, schon aus diesem Gesichtspunkt in der AV-Verwertung eine negativ-abhängige, als Randnutzung zulässige erwerbswirtschaftliche Tätigkeit zu sehen.

Unabhängig davon ist aber eine AV-Verwertung indirekt aus den Gründen der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung, darüber hinaus aber besonders aus Gründen der allgemeinen Wirtschaftlichkeit zuzulassen, wenn nicht sogar geboten.

Sicherlich wird nämlich eine AV-Verwertung Gewinne erbringen und so mittelbar die Finanzierung von neuen Produktionen erleichtern. Nachdem ein Verstoß weder gegen die allgemeinen Grenzen des Funktionsbereiches noch gegen die speziellen aus dem Begriff der Randnutzung vorliegt, fordern es diese Wirtschaftlichkeitsprinzipien, daß die Rundfunkanstalten die neue AV-Verwertungsmöglichkeit nutzen. Die AV-Verwertung ist also eine funktionsgemäße, zulässige Randnutzung.

1) S. o. S. 115 ff.

VI. KAPITEL

Die Unzulässigkeit einer Produktion ausschließlich für den AV-Markt

Im Unterschied zur AV-Verwertung bedeutet AV-Produktion die Herstellung von AV-Ware, die überhaupt nicht zur Ausstrahlung als Teil des Fernsehprogramms vorgesehen ist.¹⁾ Eine solche Produktion würde seitens der Rundfunkanstalten von der Erwägung getragen, als Konkurrent auf dem freien Markt auftreten zu können und eine allgemeine Qualitätsverbesserung der AV-Ware zu erreichen.²⁾ Darüber hinaus diene sie natürlich auch der Aufbesserung der eigenen Finanzen. Die Zulässigkeit solcher AV-Produktion ist aber fraglich:

1. AV-Produktion als mögliche Randnutzung?

Eine derartige AV-Produktion könnte wie die AV-Verwertung allenfalls als Randnutzung Teil des Funktionsbereichs der Rundfunkanstalten sein.

1) Im Folgenden AV-Produktion genannt; s.o. S. 38.

2) Vgl. Seeger, a.a.O., S. 260 mit entsprechenden Zitaten aus Tagungsberichten des WDR

Dies scheitert an den für eine Randnutzung erforderlichen Kriterien: Die AV-Produktion hat bereits intentional nichts mit den Aufgaben der Rundfunkanstalten, Programme zu gestalten und sie sendemäßig zu verbreiten, zu tun. Im Gegensatz zur AV-Verwertung ist sie also nicht eine von den zu konkreten Sendungen führenden Handlungen negativ abhängige Tätigkeit, nicht das verwertende Spiegelbild. Die AV-Produktion erweist sich schon aus diesem Grund als selbständige, erwerbswirtschaftliche Tätigkeit.¹⁾

Darüber hinaus würde der durch eine solche Produktion entstehende Eigenbetrieb in seiner zu erwartenden Größe den Hauptbetrieb der Rundfunkanstalten nicht mehr bloß abrunden. Auch aus diesem Gesichtspunkt läge hier keine Randnutzung vor.

Eine derartige selbständige AV-Produktion könnte den Rundfunkanstalten, etwa aus Gründen der Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand²⁾, möglich sein. Die Frage danach erübrigte sich aber, falls hier ein Verstoß gegen die Grenzen des Funktionsbereiches festgestellt würde, der eine AV-Produktion von vornherein ausschließt.

1) S. o. S. 47.

2) Vgl. m.w.Nw. Rehbinder. a.a.O., S. 147 f.; Maunz, Gutachten, S. 5 f.

2. Unzulässigkeit der AV-Produktion wegen Überschreiten der Funktionsgrenzen

Die Rundfunkanstalten sind als öffentlich-rechtliche Anstalten organisiert. Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise gleichen sie allerdings eher einem Privatunternehmen.¹⁾ Es besteht aber keinerlei rechtliche Möglichkeit, eine Verletzung der Funktionsgrenzen anders als im Fall einer nicht nur formal öffentlich-rechtlich organisierten Anstalt zu beurteilen.

Als maßgeblicher Zweck des Funktionsbereiches der Rundfunkanstalten wurde erkannt, daß er den verfassungsrechtlich geforderten Freiheitsraum bei der Aufgabenerfüllung liefert. Zugleich verdeutlicht er aber auch, daß die Rundfunkanstalten, wie jeder Organisationstyp öffentlicher Verwaltung, die Grenzen eines bestimmten Bereiches nicht überschreiten dürfen.²⁾ Nur innerhalb seiner Grenzen sind die Rundfunkanstalten zu Maßnahmen befugt.³⁾ Ein Überschreiten, insbesondere die Gefährdung der Rundfunkfrei-

1) S. o. S. 35.

2) Vgl. u.a. Becker, Morstein-Marx, S. 195 ff., 210; Klein, Wettbewerbsteilnahme des Staates, S. 138; Jecht, a.a.O., S. 57.

3) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 482 f.; Maunz, Gutachten, S. 6; Wufka, a.a.O., S. 122 f.

heit¹⁾, ist funktionswidrig und damit rechtswidrig.²⁾

Die den Rundfunkanstalten eingeräumte Rechtspersonlichkeit bedeutet nicht, daß sie wie natürliche Personen auf wirtschaftlichem Gebiet beliebig tätig sein können. Auch dies unterliegt den festgestellten Grenzen des Funktionsbereiches.³⁾

Als Folge von funktionswidrigen, unzulässigem Handeln wird, ausgehend von der Lehre der Teilperson⁴⁾, die zivilrechtliche Unwirksamkeit dieser Maßnahmen angenommen.⁵⁾ Im Rahmen dieser auf die Beantwortung der öffentlich-rechtlichen Fragen gerichteten Arbeit soll diese, im einzelnen umstrittene⁶⁾, zivilrechtliche Problematik nicht erörtert werden.

Es genügt festzuhalten, daß ein Überschreiten der

1) Fuhr, a.a.O., S. 3; Fröhler, Werbefernsehen und Pressefreiheit, S. 10; Seeger, a.a.O., S. 259.

2) Lerche, Werbefernsehen, S. 24.

3) Seeger, a.a.O., S. 258.

4) Vgl. dazu: Fabricius, Relativität und Rechtsfähigkeit, S. 21 ff.; Klein, a.a.O., S. 135 f.

5) BGHZ 20, 119 ff.; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 482 f.; Seeger, a.a.O., S. 258; Fröhler, a.a.O., S. 10; Hertin, UFITA 1973, Bd. 66, S. 96 f.

6) Vgl. Schricker, a.a.O., S. 85 ff.; Maunz, Gutachten, S. 1 f.; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, S. 244 f.

Funktionsgrenzen öffentlich-rechtlich unzulässig ist.¹⁾

Eine AV-Produktion könnte die durch den "Rundfunk" gesetzte Grenze verletzen. Die Begrenzung des Funktionsbereiches durch den Rundfunkbegriff, also die letztliche Festlegung aller Maßnahmen auf das Medium elektromagnetischer Wellen, beruht darauf, daß gerade dieses Medium die Sondersituation der Rundfunkanstalten begründet.²⁾ Ein relevantes Überschreiten dieser Grenze durch die AV-Verwertung ist im Wege funktionaler Betrachtungsweise, und damit vor allem aus quantitativen Gründen, nicht angenommen worden.³⁾

Im Fall der AV-Produktion kann vorausgesetzt werden, daß sie in erheblich größerem Umfang erfolgt und sich die Rundfunkanstalten sogar dieses Marktes ganz bemächtigen könnten.⁴⁾ Hier wird diese Grenze also schon durch den erheblichen quantitativen Anteil des neuen Mediums überschritten.

1) Ganz h.M. vgl. u.a. Leisner, a.a.O., S. 67 f.; Rehbinder, a.a.O., S. 145; Jecht, a.a.O., S. 57 ff.; Wufka, a.a.O., S. 122 f.; Klein a.a.O., S. 138; ZDF-Kassettenkommission, S. 22 f.; Klotz, DÖV 1964, S. 181 ff.; Fuss, DÖV 1956, S. 566 ff.; BGHZ 20, 119 ff. (124, 126); BVerfGE 8, 122 ff. (134).

2) S. o. 32 f., 90.

3) S. o. 96 ff.

4) S. o. S. 90 im Fall der AV-Verwertung.

Entscheidend ist aber, daß sich die Rundfunkanstalten im Fall der AV-Produktion mit etwas beschäftigen, was keinerlei Bezug mehr zur Rundfunksendung hat. Allein aus diesem Grunde - und auch durch eine quantitative Beschränkung irreparabel - ist die durch den "Rundfunk" gesetzte Grenze überschritten.¹⁾

Aus dem gleichen Grund liegt auch eine Verletzung der sich aus dem Aufgabenbereich ergebenden Funktionsgrenze²⁾ vor. Als Daseinszweck und Zielobjekt bindet sie alle im Rahmen des Funktionsbereiches möglichen Maßnahmen ausdrücklich an das Medium elektromagnetischer Wellen. Eine AV-Produktion, die solcher Aufgabenerfüllung auf keine Weise dienen kann und soll, verstößt gegen diese Grenze.³⁾

Ebenso verletzt eine AV-Produktion den Kerngehalt der Rundfunkfreiheit, die Programmgestaltungsfreiheit. Es ist anzunehmen, daß der sich entwickelnde AV-Markt das Fernsehprogramm beeinflußt und seine ausgewogene Dreiteilung in Unterhaltung, Unterricht und Bildung verändern wird.⁴⁾ Im Fall der AV-Produktion wären sich die für die Programmgestaltung verantwortlichen Gruppen bewußt, generell zulässig

1) Seeger, a.a.O., S. 260; Kassettenkommission. S. 23; Fuhr, epd 1972, Nr. 16, S. 2.

2) S. o. S. 119 f.

3) Vgl. Herrmann, Funkkorrespondenz 1971, Nr. 2, S. 2; Fuhr, a.a.O., S. 4.

4) ZDF-Kassettenkommission, S. 23 ff.

über dieses neue Medium ebenso Meinungsbildung, und dies noch mit kommerziellem Gewinn, betreiben zu können. Dies würde im Gegensatz zur AV-Verwertung zu einer unzulässigen, unmittelbaren Programmbeeinflussung¹⁾ führen. Da in diesem Fall beide Medien unabhängig voneinander benutzbar sind, würden dann die kommerziellen Gesichtspunkte letztlich entscheidend sein. Um die Verkaufschance nicht durch die Gefahr von privatem Mitschneiden²⁾ der Sendungen zu mindern, würde das, was für marktgerecht erachtet würde, der AV-Produktion zugewiesen. Damit würden auch die der Programmgestaltung zugrunde liegenden Leitlinien³⁾ verletzt, das Programm wäre unsachlich - da kommerziell - gestaltet und der Programminhalt wäre unausgewogen auf aktualitätsbezogene, rein publizistische und andere nicht marktgerechte Bereiche⁴⁾ ausgerichtet.

Die somit festgestellte Verletzung der Funktionsgrenzen macht eine AV-Produktion durch die Rundfunkanstalten unzulässig.

-
- 1) Vgl. dazu im Fall des Werbefernsehens K. Scheider, Konzentrationsbestrebungen deutscher Rundfunkanstalten, S. 67 f.
 - 2) Vgl. zur rechtl. Beurteilung Hillig, Film u. Recht, 1975, S. 10 ff.
 - 3) BVerfGE 12, 205 ff. (262 f.).
 - 4) ZDF-Kassettenkommission, S. 23.

VII. KAPITEL

Mögliche Organisationsformen einer Beteiligung am AV-Markt

Zu klären bleibt noch, in welchen Organisationsformen die Rundfunkanstalten erwerbswirtschaftlich am AV-Markt teilhaben können.

1. AV-Verwertung durch abhängige Gesellschaften

Es ist allgemeine Praxis der Rundfunkanstalten, einen maßgeblichen Anteil der Beschaffung und Herstellung des Programms durch private Tochtergesellschaften zu erledigen.¹⁾ Besonders geschieht dies im Bereich des Werbefernsehens. Die Acquisition der Werbeaufträge, auch die Produktion der Werbespots und des Rahmenprogramms²⁾, liegt überwiegend in Händen von abhängigen privaten Werbegesellschaften der Rundfunkanstalten.³⁾

Grundsätzlich ist es erlaubt, öffentlich-rechtliche Aufgaben in der Rechtsform des Privatrechts zu erfüllen.⁴⁾ Eine Ausgliederung zulässiger Maßnahmen

1) Vgl. Rehbinders, UFITA, Bd. 65, 1972, S. 152.

2) Ipsen, Ausgliederung NJW 1963, S. 2102 f.

3) Vgl. Michelbericht I, S. 157 f., wo auf die Ausnahme im Fall des ZDF hingewiesen wird.

4) Lerche, Rundfunkmonopol, S. 104, 107; Ipsen, a.a.O., S. 2102.

jedoch von den Rundfunkanstalten an abhängige Gesellschaften unterliegt Grenzen. So ist es nicht möglich, daß die Rundfunkanstalten die "Veranstaltung" von Fernsehsendungen, den Kerngehalt ihrer öffentlichen Aufgaben, also die letzte Entscheidung darüber, was Programminhalt wird, auf abhängige Gesellschaften übertragen.¹⁾

Aufgezeigt werden diese Grenzen weiterhin durch den Funktionsbereich.²⁾ Tätigkeiten, die funktionswidrig und damit öffentlich-rechtlich unzulässig sind, werden nicht durch eine bloße Auswechslung der Rechtsform zulässig; denn es entspricht einem allgemein gültigen Rechtsgrundsatz, daß die öffentliche Verwaltung nicht auf dem Umweg privatrechtlicher Gestaltung zu etwas befugt ist, was ihr bei hoheitlicher Betätigung versagt wäre.³⁾ Auch so gesehen ergibt sich die Unzulässigkeit einer Ausgliederung der Veranstaltung von Fernsehsendungen. Die formelle Rundfunkfreiheit würde verletzt, da dadurch die dem Schutz und der Verwirklichung der Rundfunkfreiheit dienende Binnenstruktur der Rundfunkanstalten praktisch kaltgestellt würde.

1) Vgl. Ipsen, Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2049, 2052 f.; m.w.Nw. Seeger, DÖV 1972, S. 263.

2) Vgl. Seeger, a.a.O., S. 264.

3) Vgl. u.a. Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 72; Ipsen, Ausgliederung, NJW 1963, S. 2055; Rehbinder, a.a.O., S. 152 f.

Aus diesen Gründen ist es den Rundfunkanstalten verboten, die als funktionswidrig erkannte AV-Produktion durch abhängige Tochtergesellschaften aufzunehmen.

Funktionsgemäße Maßnahmen¹⁾, die von den Rundfunkanstalten auch sonst privatrechtlich erledigt werden²⁾, wie etwa die Produktion von Sendungen, können von abhängigen Gesellschaften erledigt werden.

Auch die AV-Verwertung, die als Randnutzung sich typischerweise in fiskalisch-privatrechtlichen Formen vollzieht³⁾, kann somit über abhängige Gesellschaften betrieben werden.

2. AV-Verwertung durch Beteiligung an nicht abhängigen Gesellschaften

Die Rundfunkanstalten können sich an Gesellschaften beteiligen, die nicht von ihnen abhängig sind und deren Aufgabe lediglich die audiovisuelle Verwertung von Fernsehsendungen ist. Dieser Fall ist unproblematisch, da diese Firmen ja etwas betreiben, was sich rundfunk-

-
- 1) Zu den allgemeinen Gefahren, die eine Ausgliederung bei einer Verschachtelung bis hin zu "Ur-enkelgesellschaften" führt, vgl. Seeger, a.a.O., S. 263 f.
 - 2) Zu den hoheitlichen Funktionen, die keineswegs geeignet sind, privatrechtlich erledigt zu werden, vgl. m.w.Nw. Zeidler, VVDStRL, 1961, S. 213.
 - 3) Lerche, Werbefernsehen, S. 20.

rechtlich als funktionsgemäß erwiesen hat¹⁾ und die Beteiligung also der Erfüllung funktionsgemäßer Maßnahmen dient.²⁾

Es verbleibt noch, nach der Zulässigkeit einer Zusammenarbeit mit privaten Herstellern von AV-Ware, die auf Koproduktion gerichtet ist, zu fragen.

3. Koproduktion mit privaten Unternehmen

Koproduktionen mit Herstellern von AV-Kassetten bzw. Bildplatten werden von den Rundfunkanstalten angestrebt und sind auch zum Teil schon in die Tat umgesetzt worden.³⁾

Angestrebt wird die gemeinsame Produktion und Finanzierung des audiovisuellen Grundproduktes, dessen Verwertung aber getrennt erfolgt. Die Rundfunkanstalten nutzen die Produktionen zur Aufgabenerfüllung als Fernsehsendungen, der private Koproduzent übernimmt die Verwertung als AV-Ware und beteiligt die Rundfunkanstalten an den Verkaufserlösen.⁴⁾

1) Vgl. Seeger, a.a.O., S. 264.

2) Vgl. Ipsen, Legalität des Werbefernsehens, NJW 1963, S. 2108; Herrmann, Funkkorrespondenz 1971, Nr. 2, S. 5.

3) Vgl. Schiphorst, Audiovision- Portrait einer Branche, S. 25 mit Hinweis auf bereits abgeschlossene Koproduktionen.

4) ZDF-Kassettenkommission, S. 24

Solche Koproduktionen können einmal sporadisch, aufgrund entsprechender Einzelverträge, oder dauernd, durch Minderbeteiligung der Rundfunkanstalten an Privatgesellschaften, vorgenommen werden.

a) Koproduktion aufgrund von Einzelverträgen mit Gewinnbeteiligung

Die Zulässigkeit von nichterwerbswirtschaftlichen Koproduktionen könnte sich beim ZDF aus dem Gesetzeszweck des § 22 Abs 2 StV ergeben, der besagt: "Soweit die Anstalt das Programm nicht selbst herstellt, kann sie es von Dritten herstellen lassen oder erwerben. Sie kann auch mit anderen Rundfunkanstalten Abmachungen über die Lieferung und den Austausch von Programmteilen treffen."

Diese ausdrückliche Regelung der Programmherstellung beim ZDF gilt unausgesprochen für alle Rundfunkanstalten. Es besteht nämlich keinerlei Verpflichtung, das gesamte Programm selbst herzustellen.¹⁾ Vielmehr steht es ihnen grundsätzlich frei, durch Aufträge an Filmproduzenten und Ankauf von Filmmaterial Teile des Programms zu erstellen.²⁾

1) Seeger, a.a.O., S. 265.

2) Vgl. Michelbericht, S. 193 ff.; vgl. insbes. das Kooperationsabkommen Film/Fernsehen, das zwischen der öffentl.-rechtl. Filmförderungsanstalt und den ARD-Anstalten sowie dem ZDF am 4.11.74 geschlossen wurde und die Koproduktion mit Spielfilmherstellern betrifft. Abgedr. in: UFITA, Bd. 72, 1975, S. 215 ff.

Dies gilt ebenso gegenüber den Herstellern von AV-Kassetten bzw. Bildplatten.

Eine Gefährdung der Rundfunkfreiheit und damit die Unzulässigkeit der Auftragsvergabe kann sich aber durch die einseitige, den Leitgrundsätzen widersprechende Gestaltung von Thema und Inhalt der gewünschten Produktion ergeben. Diese mögliche Gefährdung ist insbesondere bei Produktionen mit politischen Inhalten aktuell. Das versuchen die Rundfunkanstalten durch vertragliche Regelungen zu unterbinden. So wird in jedem Produktionsvertrag ausdrücklich vereinbart, daß die Arbeit im engen Einvernehmen mit den zuständigen Redaktionen auszuführen ist, wobei Änderungswünsche und die redaktionelle Endentscheidung den Rundfunkanstalten vorbehalten bleibt.¹⁾ Wenn der Partner dies - aus welchen Gründen auch immer - nicht akzeptiert, können und müssen die Rundfunkanstalten vom Vertragsabschluß absehen.

Die Funktionsgemäßheit dieser Maßnahmen, die unmittelbar der Aufgabenerfüllung dienen, ist insoweit ohne ausdrückliche Regelung gegeben.²⁾

Zweck der Regelung des § 22 Abs 2 ZDF-StV ist es, daß die Rundfunkanstalten nicht durch ausschließliche

1) Wie dem Verfasser von Mitarbeitern der ARD und des ZDF bekannt wurde.

2) Sie ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Annexkompetenz, s.o. S.128 ff. und der Zulässigkeit der "Ausgliederung."

Eigenproduktionen mehr als es zur Erfüllung ihrer Aufgabe unerlässlich ist, in den Markt der privaten Filmhersteller eindringen.¹⁾

Diesen Zweck erfüllen aber gleichermaßen Koproduktionen, die darüber hinaus bedeutend billiger sind als reine Auftragsproduktionen und somit aus Gründen der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung anzustreben sind.²⁾

Hier besteht aber sicherlich ein Interesse des jeweiligen privaten Koproduzenten, entscheidenden Einfluß auf die Inhalte der Produktionen zu nehmen, da er sie ja mit Gewinn vermarkten will. Insofern kann es zu einer einseitigen Programmbeeinflussung und damit zu einer Gefährdung der Rundfunkfreiheit kommen. Doch steht es auch hier - wie bei der Auftragsproduktion - den Rundfunkanstalten frei, dann vom Vertragsabschluß abzusehen.³⁾ Eine Gefährdung der Rundfunkfreiheit ist somit nicht ersichtlich.⁴⁾

1) Vgl. Michelbericht I, S. 233 f.

2) S. o. S. 143 f.

3) Die Ungeundenheit der Rundfunkanstalt wird auch immer ausdrücklich paraphiert, wie dem Verfasser von Mitarbeitern der ARD bekannt wurde. Vgl. ebenso § 8 des Kooperationsabkommens Film/Fernsehen, a.a.O., S. 218.

4) Daher ist die nicht erwerbswirtschaftl. Koproduktion zulässig; so auch Seeger, a.a.O., S. 263 f.

Eine Gefährdung der Rundfunkfreiheit ergibt sich aber auch nicht durch die Gewinnbeteiligung am Erlös des Vertragspartners, der das Grundprodukt als AV-Ware vertreibt. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich nicht von der als zulässig erkannten AV-Verwertung, wo ja berücksichtigt wurde, daß die Produktionen von Sendungen auch vom Bewußtsein ihrer erwerbswirtschaftlichen Verwertbarkeit getragen werden.¹⁾ Eine AV-Verwertung kann durch Beteiligung an Gesellschaften betrieben werden.²⁾ Hier erfolgt dies, modifiziert als Verwertung einer Koproduktion, ebenso zulässig im Einzelfall.³⁾

b) Koproduktion durch Beteiligung an Unternehmen mit Gewinnanteil

Aus organisatorischen, wettbewerblichen oder steuerlichen Gründen kann es zweckmäßig sein, daß sich die Rundfunkanstalten an Gesellschaften, die nicht von ihnen abhängig sind, beteiligen.⁴⁾ Hier besteht aber die Gefahr, daß die ständige Koproduktion⁵⁾ auf eine

1) S. o. S. 37 f.

2) S. o. S. 158.

3) So ist auch in § 7 des Kooperationsabkommens Film/Fernsehen eine Beteiligung an den Erlösen der Verwertung als Spielfilm vorgesehen; a.a.O., S. 217 f.

4) Vgl. Herrmann, Funkkorrespondenz 1971, Nr. 2, S. 5.

5) In der auf S. 158 dargestellten Form..

Beteiligung an der den Rundfunkanstalten unzulässigen AV-Produktion hinausläuft.

Eine ständige Ausgliederung von Teilen der Programmproduktion ist auch durch eine Beteiligung an Gesellschaften, die das gemeinsam erstellte Grundprodukt als AV-Ware vermarkten, zulässig.¹⁾ Dies ergibt sich daraus, daß auch hier das Veranstellen der Sendungen in den Händen der Rundfunkanstalten bleibt.²⁾ Sie haben die letzte Entscheidung, ob die gemeinsamen Produktionen Teil des Sendeprogramms werden. Daher ist die Programmgestaltungsfreiheit und somit die Rundfunkfreiheit nicht gefährdet.³⁾

Voraussetzung ist, daß diese Beteiligung - nicht notwendigerweise das ganze Beteiligungsunternehmen - der Erfüllung funktionsgemäßer Maßnahmen dient.⁴⁾

-
- 1) Vgl. Ipsen, Ausgliederung, NJW 1963, S. 2108, FN 50, der abhängige Tochtergesellschaften, die gleicherweise kommerzielle Filmproduktionen erstellen, für zulässig hält.
 - 2) Damit dies nicht nur formal der Fall ist, ist eine eindeutige vertragliche Regelung und aktive Einflußnahme geboten, s. o. S. 160 f.
 - 3) Die diesbezüglichen Bedenken von Seeger, a.a.O., S. 264 f. wurden bereits behandelt, s. o. S. 105, 109 ff.
 - 4) Herrmann, a.a.O., S. 5, unter Berufung auf Ipsen, s. o.

Diese Voraussetzung wird aber nicht mehr erfüllt, wenn die beteiligte Rundfunkanstalt die Aufnahme einer Koproduktion ins Sendeprogramm ablehnt. Dann bleibt sie trotzdem in der gemeinsamen Herstellung und an den Gewinnen der Vermarktung dieses Stoffes als AV-Ware beteiligt. Dies wäre aber eine unzulässige AV-Produktion durch Minderbeteiligung.

Der Maxime, daß die Beteiligung ausschließlich einer funktionsgemäßen AV-Verwertung von Koproduktion dient, kann nur durch eine detaillierte vertragliche Regelung genügt werden.

Das heißt einmal den Rundfunkanstalten den nötigen Einfluß in der Geschäftsführung zu sichern,¹⁾ so daß ausschließlich programmgemäße Koproduktionen erstellt werden. Sollte aber dennoch im Einzelfall keine Einigung über eine Koproduktion erzielt werden, muß jegliche Beteiligung an solcher ausschließlichen AV-Produktion ausgeschlossen sein. Insbesondere dürfen die Rundfunkanstalten dann nicht am Gewinn beteiligt sein und es muß eine Rückerstattung der anteilmäßigen laufenden Kosten, die durch solche Produktionen entstehen, an die Rundfunkanstalten erfolgen.

1) Vgl. Ipsen, Ausgliederung, NJW 1963, S. 2108; allgemein Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, S. 202 ff.

Lebenslauf

Am 14.7.1946 wurde ich in Würzburg als Sohn des Karl-Ulrich Frhr. von Hutten und der Ilse, Frfr. von Hutten, geb. Schackwitz geboren. Die Volksschule und das Humanistische Gymnasium besuchte ich zu Hause in Lohr am Main. Dort beendete ich im Sommer 1965 die Schulausbildung mit dem Abitur. Anschließend diente ich zwei Jahre bei der Bundeswehr.

Das juristische Studium begann ich mit dem Wintersemester 1967 an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg, wo ich bis einschließlich Sommersemester 1967 studierte. Nach einem Wintersemester an der Universität Würzburg setzte ich mein juristisches Studium mit dem Sommersemester 1970 an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München fort.

Das erste juristische Staatsexamen legte ich in München am 21.12.1972 ab. Seitdem bin ich in München als Rechtsreferendar beschäftigt. Während der Referendarszeit war ich vom 1.4.1974 bis 31.3.1975 beurlaubt und erhielt ein Promotionsstipendium nach dem Graduierten-Förderungsgesetz.

